

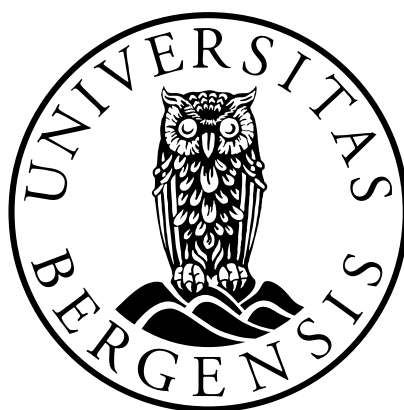
Sondringen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter

Formuerettens grunnbegreper belyst gjennom valgte fragment

Kandidatnummer: 193079

Veileder: Hans Fredrik Marthinussen

Antall ord: 36937



JUS399 Masteroppgave/JUS398 Masteroppgave

Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

Yeah, this is dedicated to all the teachers that told me

I'd never amount to nothin'

Biggie Smalls, «Juicy»(1994)

Innhold

1	Emne og problemstilling	5
2	Utviklingslinjer.....	8
2.1	Opprinnelse.....	8
2.2	Den tysk-historiske skole og BGB	9
2.3	Numerus clausus.....	12
2.4	Utviklingen i norsk rett.....	13
2.5	Internasjonal harmonisering av formueretten - Draft Common Frame of Reference (DCFR).....	16
3	Prinsipper for sontringen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter i eldre norsk rett	19
3.1	Delingsprinsippet.....	19
3.2	Et abstraksjonsprinsipp i eldre norsk rett?.....	21
3.3	Numerus clausus i eldre norsk rett?.....	22
3.4	Prinsippet om kontraktens relativitet.....	23
3.5	Systematikk – hvordan sonde mellom tinglige og obligatoriske rettigheter?	24
3.5.1	Innledende om systematikken	24
3.5.2	Rettighetens beskyttelse	24
3.5.3	Rettighetens innhold.....	26
3.5.4	Innhold og beskyttelse.....	27
3.5.5	Sammenfatning: Har det noen gang vært en sontring mellom tinglige og obligatoriske rettigheter i norsk rett?	29
4	Obligatoriske krav erstatningsrettslige vern.	33

4.1	Problemstilling.....	33
4.2	Komparative utgangspunkter.....	34
4.3	Medvirkning til kontraktsbrudd i norsk rett	39
4.4	«konkret og nærliggende interesse»	45
4.4.1	Utgangspunkter	45
4.4.2	Rt. 1955 s. 872 Kabeldommen.....	47
4.4.3	Rettspraksis etter Kabeldommen.....	50
4.4.4	Sammenligning.....	54
4.5	Sammenfatning.....	55
5	Foreldelsesloven § 1	57
5.1	Problemstilling.....	57
5.2	Forholdet mellom foreldelsesloven § 1 og sontringen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter.....	58
5.2.1	“Fordring på penger eller andre ytelser” - obligatorisk rett?	58
5.2.2	Hvordan sonde mellom fordringsrettigheter og “tinglige” rådighetsretter?	61
5.2.3	Tinglig rett i penger? Forholdet mellom foreldelsesloven § 1 og dekningsloven § 2-2	67
5.3	Foreldelse ved overføring av rettigheter til ting	73
5.3.1	Problemstilling: Obligatorisk kontrakt og tingling overdragelseshandel?	73
5.3.2	Foreldelsesrettslige utgangspunkter – Stub Holmboes «overføringslære»	73
5.3.3	Tingsrettslige utgangspunkter – eiendomsrettens overgang?.....	75

5.3.4	Forarbeider	76
5.3.5	Rettspraksis	78
5.3.6	Sammenfatning.....	83
5.4	Ugyldighet – vindikasjon eller fordring på restitusjon?	83
5.4.1	Problemstillingen	83
5.4.2	Hvorfor gir ugyldighet vindikasjonsrett?	85
5.4.3	Vindikasjon og ulike ugyldighetsgrunner – særlig om avtalelovens § 36.	89
5.4.4	Har objektet for restitusjonen betydning for grensen mellom obligatorisk restitusjon og tinglig vindikasjon?	92
5.5	Sammenfatning.....	96
6	Condictio indebiti.....	97
6.1	Problemstillingen.....	97
6.2	Kort om anvendelsesområdet for condictio indebiti.....	97
6.3	Teoretiske og komparative utgangspunkter.....	99
6.4	Condictio indebiti som tingling rett? Personforveksling og tastefeil.	105
6.5	Condictio indebiti som tingling rett forts.? Det betales for mye	107
7	Avsluttende refleksjoner	111
7.1	Materielle refleksjoner.....	111
7.2	Metodiske refleksjoner	113
7.3	Komparative refleksjoner	114
	Litteratur.....	117

1 Emne og problemstilling

I europeisk formuerett er det lang tradisjon for å sonde mellom to hovedgrupper av rettigheter, de tinglige og obligatoriske. En tinglig rett er en rett over tingen selv og rettigheten kan som utgangspunkt håndheves overfor enhver. En obligatorisk rett gir et krav mot en person og kravet kan som utgangspunkt bare håndheves overfor den forpliktete. Mens tinglige rettigheter angår rettsforholdet mellom personer og ting, angår obligatoriske rettigheter skyldforhold mellom to eller flere personer. Dette danner grunnlaget for inndelingen av formueretten i to disipliner, tingsrett og obligasjonsrett.

I norsk rett står ikke sondringen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter spesielt høyt i kurs. Mens sondringen hadde en sentral plass i eldre formuerettslige fremstillinger, og fortsatt spiller en sentral rolle i mange europeiske rettssystemer, er oppfatningen i nyere juridisk teori at sondringen er forlatt i norsk rett. Oppfatningen begrunnes gjerne i følgende tre synspunkt: Sondringen er uegnet til å bestemme rettigheters nærmere innhold; rettsrealistisk er det ingen forskjell mellom rett til ting og krav mellom personer (alle rettighetsforhold er interpersonelle); det er metodisk uriktig å trekke slutninger fra begreper som «tinglige» og «obligatoriske» rettigheter.¹

Selv om en i norsk rett ikke lenger snakker om tinglige og obligatoriske rettigheter, finnes det rettsregler som i hvert fall kan *minne om* et slikt skille. Foreldelsesloven § 1 brukes ofte som eksempel. Fordringer på debitor foreldes, eiendomsrett og begrensede rettigheter foreldes ikke. Et annet eksempel er reglene om kreditorenes beslagsrett: Fordringer på debitor er ikke beskyttet mot debtors dekningsøkende kreditorer, mens ting som tilhører debtors hjemmelmenn kan tas ut av debtors konkursbo. Det er slike regler som skal undersøkes i oppgaven: Er det i norsk rett rettsregler som forutsetter et skille mellom tinglige og obligatoriske rettigheter? Hvis ja: Hva er det et slikt skille nærmere innebærer?

Spørsmålene henger nært sammen og det vil ofte være en vekselvirkning mellom dem. I mange tilfelle er det åpenbart at rettsreglene trekker et skille mellom krav mellom personer og rettigheter til ting. Samtidig har sondringen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter vært såpass tabubelagt at rettsvitenskapen i liten utstrekning har villet undersøke hva et slikt skille

¹ Se pkt. 2.4 for en mer utførlig fremstilling av kritikken.

nærmere består i. Oppgaven derfor både et abstrakt og et mer konkret rettsdogmatisk formål. Abstrakt skal det undersøkes om det finnes rettsregler som forutsetter et skille mellom rett til ting og krav mot personer. Konkret skal det tas stilling til rettslige problemstillinger som enten forutsetter, eller oppstår som følge av, et slikt skille.

Det har vært sagt at man trer ut *rettsteoretisk minefelt* ved i det hele tatt å nevne sontringen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter.² Denne oppgaven bygger på et metodisk utgangspunkt om at emnet kan behandles rettsdogmatisk uten å måtte ta stilling til sontringen eller kritikken mot sontringen på et rettsteoretisk grunnlag. For å bruke en analogi fra *Ross*: Rettsteorien befinner seg i «etasjen over» rettsreglene.³ Hva som følger av rettsteorien er ikke uten videre overførbart på rettsdogmatikken og vice versa.⁴ I denne fremstillingen skal sontringen undersøkes gjennom tolkning av rettskildene. Metodevalget begrunnes mer utførlig nedenfor i pkt. 3.5.5.

Oppgaven er delt inn i to hoveddeler. I del I presenteres utviklingslinjene for sontringen samt hvordan denne fungerte i eldre norsk rett. Det trekkes veksler på komparativt materiale løpende underveis. Bakgrunnen for del I er at sontringen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter i nyere norsk doktrine oppfattes som abstrakt, uklar og problematisk. Formålet med den historiske og komparative gjennomgangen er å skissere et mer håndfast sammenligningsgrunnlag for den videre undersøkelse.

Del I danner rammeverket for undersøkelsen av gjeldende rett i oppgavens hoveddel (del II). Sontringen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter skal her drøftes med utgangspunkt i tre rettslige grunnlag. Det skal først ses nærmere på reglene om kontraktsposisjoner erstatningsvern overfor andre enn avtalepartene Deretter skal foreldelsesloven § 1 analyseres, både med henblikk på *om* bestemmelsen forutsetter et skille mellom tinglige og obligatoriske rettigheter, og *hva* et slikt skille nærmere innebærer. Herunder skal det også ses nærmere på forholdet mellom foreldelsesloven § 1 og dekningsloven § 2-2. Endelig skal jeg undersøke reglene om tilbakesøking etter den ulovfestede læren om *condictio indebiti*. Spørsmålet her er

² *Lillholt*, Personskifte s. 325.

³ Jf. *Ross*, Om Ret og Retfærdighed s. 35.

⁴ Jf. *Ross*, i forordet til *Virkelighed og Gyldighed*, s. 1: «Filosofien maa, om den vil gælde som Videnskab, besinde sig fagvidenskabeligt ... Omvendt: Fagvidenskabens maa, om den vil fuldbyrde sine egne Intentioner, besinde sig filosofisk.»

om *condictio indebiti* stifter et obligatorisk tilbakebetalingskrav eller om betaler kan kreve betalingen tilbake i kraft av eiendomsrett (vindikasjon).

2 Utviklingslinjer

2.1 Opprinnelse

Sondringen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter stammer fra romerrettens system med ulike typer søksmål («*actiones*»). Den romerske privatrett var inndelt i personenes rett, tingenes rett og reglene om søksmål.⁵ Innenfor søksmålsreglene sondret man mellom *actiones in rem* og *actiones in personam*. Ved en *actio in personam* anga saksøkers påstand alltid en person og søksmålet kunne bare gjøres gjeldende mot personen eller dennes universalsuksessorer.⁶ Et *actio in rem* fulgte tingen selv og kunne gjøres gjeldende mot enhver.

Innenfor tingenes rett brukte man betegnelsen «*obligatio*» om det materielle grunnlaget for en *actio in personam*.⁷ Dette ble videreutviklet av Glossatorene i det 12. århundre som dannet begrepet *jus in re* som motstykke til *obligatio*. Dermed oppstod begrepsparet *jus in re – jus ad rem*. Begrepsparet hadde forskjellig utforming og betydning gjennom middelalderen, men kjernen synes å være et grunnleggende skille mellom middelbar rett på ytelser fra en person som motsetning til umiddelbart herredømme over ting.⁸

I norsk rett har *Brandt* hevdet at sondringen “viser sig skarpt at være fattet af vore Forfædre og anerkjendt allerede i vore ældste Love”.⁹ Påstanden har en viss støtte i Gulatingslova kap. 14 og Magnus Lagabøtes landslov kap 13 som gir panthaver en særskilt dekningsrett i skyldners dødsbo. Det virker imidlertid lite plausibelt at man i Norge på 1200-tallet opererte med et *bevisst* tankemessig skille mellom det vi i dag betegner som tinglige og obligatoriske rettigheter. En slik sontring forutsetter deduktiv metode – en metode som først ble innført gjennom naturretten på 1600- og 1700-tallet.¹⁰

⁵ Jf. Zimmermann, *The Law of Obligations* s. 34 flg.

⁶ *Loc.cit.*

⁷ Björne, *Rättssystemets utveckling*, s. 93.

⁸ Björne, *op.cit.*, s. 93.

⁹ Brandt, *Retshistorie*, s. 181

¹⁰ Sunde, *Rettspegelen*, s. 299 flg.

2.2 Den tysk-historiske skole og BGB

Den tysk-historiske skole, anført av *von Savigny* i første halvdel av det 19. århundre, er et viktig historisk bakteppe for sontringen. Skolen skulle også få innflytelse i norsk rett. Det var den tyske rettsvitenskap i denne perioden som utviklet et systematisk materiellrettslig skille mellom tinglige og obligatoriske rettigheter, hovedsakelig gjennom romerrettslig resepsjon¹¹. Retningen var ideologisk forankret i en oppfatning om at retten var «gitt» i de opprinnelige romerske kildene.¹²

Von Savigny noterte at romerretten holdt rettigheter i ting og obligasjoner strengt atskilt.¹³ I verket *System des heutigen Römischen Rechts*¹⁴ inndeler han derfor gjenstanden for formueretten dels i ting, dels i handlinger. En tinglig rettighet er rett i en ting – «die Sache an sich» -, mens en obligatorisk rett retter seg mot en persons handlinger – «unser Recht unmittelbar nur auf eine fremde Handlung».¹⁵ Han sondret mellom rett i selve tingen som motsetning til retten over *handlingene* til et subjekt. Tinglige rettigheter ble behandlet i disiplinen *Sachenrecht*, obligatoriske rettigheter i disiplinen *Obligationenrecht*.

Denne retningen ble skoledannende, og dominerte tysk rettsvitenskap ut det 19. århundre.¹⁶ Sammen med retningen oppstod den *konstruktive metode*, en metode som gir anvisning på konstruksjon av allmenne rettssetninger og aksiomatiske begreper med basis i det

¹¹ *Björne* s. 93

¹² *Loc.cit.* Se også *Stang*, Innledning s. 104 flg. om den tysk-historiske skole.

¹³ Stoffet om *Savigny* er hentet fra oversettelser hos *Akkermans*, Numerus clausus, s. 172-173 med videre henvisninger.

¹⁴ 1840-1849

¹⁵ Jf. *Akkermans*, *op.cit.* s. 173.

¹⁶ Jf. *Stang*, Innledning, s. 109.

foreliggende rettskildematerialet.¹⁷ Tinglige og obligatoriske rettigheter ble oppfattet som formuerettens grunnbegreper. Tankegangen var, at disse to rettighetene var av fundamentalt forskjellig karakter, idet de tinglige rettigheter angikk rådighetsretter over ting, mens de obligatoriske rettigheter angikk krav mellom personer.¹⁸ De tinglige rettigheter kunne håndheves overfor enhver, mens de obligatoriske rettigheter alene kunne gjøres gjeldende mot skyldneren.

Den historiske skoles arbeid med å systematisere tysk-romersk rett ble videreført i den tyske sivillovboken Bürgerliches Gesetzbuch (BGB). I forarbeidene til BGB heter det at:¹⁹

«In the system of the draft of the BGB property law takes an indepent position. On the one hand it is independent from the law of obligations and family law and on the other hand from the law of succession. Its independence is founded in the distinction between property and personal rights.»

Systematisk er reglene i BGB delt inn i ulike bøker. Obligasjonsretten blir regulert i *Recht der Schuldverhältnisse*(2. bok) mens tingsretten behandles i *Sachenrecht*(3. bok). Kjennetegnet ved tinglige rettigheter er at de angår rettsforholdet mellom en person og en ting. Rettsforholdet kan håndheves overfor enhver. Rettigheten er *absolutt* i den forstand at den har vern mot skadevoldende handlinger, kreditorer, omsetningsserververe mv. Obligatoriske rettigheter angår forpliktelser mellom personer. Rettighetene er *relative* og kan bare håndheves mellom partene.

Foruten systematikken i BGB kan sontringen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter i tysk rett illustreres ved delingsprinsippet, abstraksjonsprinsippet, og prinsippet om kontraktens relativitet.

Delingsprinsippet innebærer at eiendomsoverdragelse mellom A og B spaltes opp i en obligatorisk avtale og en tinglig overdragelseshandling. Hvis A kjøper en bil av B er det ikke tilstrekkelig at partene inngår en kjøpsavtale. For at avtalen skal være gyldig må B i tillegg

¹⁷ Om den konstruktive metode, se Castberg, TfR 1924, s. 294-317.

¹⁸ Se note 18.

¹⁹ Gjengitt og oversatt i *Akkermanns*, Numerus clausus, s. 173.

overdra bilen gjennom en tinglig overdragelseshandling. Den obligatoriske avtalen reguleres av obligasjonsrettslige regler, mens selve eiendomsoverdragelsen reguleres av tingsrettslige regler.

For løsøre følger dette av BGB § 929 som krever “enighet” og «fysisk overlevering» for eiendomsovergang. For fast eiendom krever BGB § 873, forutsatt at det foreligger obligatorisk avtale, registrering i grunnboken.

Abstraksjonsprinsippet foreskriver at (u)gyldigheten av den obligatoriske avtalen ikke påvirker den tinglige overdragelsen og vice versa. Den tinglige overdragelsesavtalen vil derfor fortsatt bestå selv om den obligatoriske avtalen skulle være ugyldig. Prinsippet skal først og fremst ivareta hensynet til tredjemenn.²⁰ Hvis A svikaktig får overlevert en bil fra B, kan Bs ugyldighetsinnsigelse verken gjøres gjeldende overfor As kreditorer eller ondtroende suksessorer. A anses som eier så fremt bilen er overlevert. Konsekvensen av ugyldighet er at det stiftes en obligatorisk plikt til å tilbakeføre tingen etter reglene om ugrunnet berikelse.²¹

Motstykket til delings- og abstraksjonsprinsippet er det franske *kausalitets-* eller *konsensus-prinsippet*. Code civil art. 711 bestemmer eiendomsrett kan erverves ved arv, gaveløfte eller kontrakt. For kontrakter følger det av Code Civil art. 1138 at eiendomsretten går over på erverver allerede ved konsensus, dvs. enighet mellom partene. Konsekvensen av ugyldighet er at eiendomsretten anses for aldri å ha passert mellom partene.²² Ved ugyldighet anses derfor overdrageren som eier og han kan kreve gjenstanden for overdragelse tilbakeført i kraft av eiendomsretten.

Prinsippet om *kontrakters relativitet* bygger på tanken om at kontrakten kun skaper rett og plikt for dens parter.²³ Prinsippet henger nært sammen med *viljesteorien*, utviklet bl.a. av den tysk-historiske skole.²⁴ I korte trekk bygger teorien på en tanke om individets vilje som den avgjørende rettsstiftende kjensgjerning.²⁵ Relativitetsprinsippet er prinsippet om avtalefrihet formulert negativt: Når det er partenes felles vilje som gir kontrakten dens bindende kraft, er

²⁰ Jf. Bartels, An abstract or a Causal system, s. 60-61.

²¹ BGB § 812 flg.

²² Sagaert, Consensual versus delivery systems, s. 14.

²³ Prinsippet er ikke uttrykkelig lovfestet, men kan utledes av en rekke bestemmelser, se §§ 241, 305 og 328.

²⁴ Om historikken, se Ulfbeck, Kontrakters relativitet, s. 34 flg.

²⁵ Ulfbeck, *op.cit.* s. 35.

det en logisk følge at kontrakten ikke binder tredjemenn som ikke har hatt vilje til å inngå kontrakten.

2.3 Numerus clausus

Tanken om at tinglige rettigheter er beskyttet overfor omverdenen tilsier begrensninger i avtalefriheten av hensyn til kreditorer og omsetningsserververe. I de fleste rettssystemer som sonderer mellom tinglige og obligatoriske rettigheter er det derfor vokst frem et prinsipp om at «tingligheten» er begrenset til et visst antall og visse typer rettigheter, omtalt som *numerus clausus*. I litteraturen er det gitt følgende begrunnelse for prinsippet:²⁶

“In order for parties to grant third-party effect to their legal relation they must submit their relation to the law of property and for this a price must be paid. Parties can elect the third-party effect, but only if they comply with the rules set out in property law. In property law, therefore, party autonomy is limited in exchange for third-party effect.”

For å stifte en tinglig rett må partene altså følge tingsrettens regler. Tanken er at de tingsrettslige regler skal ivareta notoritet og publisitet.²⁷ Reglene om overdragelse av fast eiendom i tysk rett er et godt eksempel. For å stifte en tinglig rett i fast eiendom i tysk rett må rettigheten registreres i grunnboken.²⁸ Det vi i norsk rett omtaler som rettsvernsregler – f.eks. tinglysning – er i tysk rett gyldighetsvilkår for å stifte tinglige rettigheter. Er rettigheten ikke tinglig, for eksempel en leierett, kreves det ikke registrering og registrering er heller ikke mulig.²⁹ Det er kun tinglige rettigheter som kan registreres, men til gjengjeld *må* disse rettighetene registreres.

Prinsippet om numerus clausus kommer kanskje klarest til uttrykk i den portugisiske Còdigo civil art. 1306:

²⁶ Akkermans, Numerus clausus, s. 3.

²⁷ Jf. Den komparative oversikten hos *Ritaine*, Obligatory and Proprietary Rights, s. 182-185.

²⁸ Jf. BGB § 873

²⁹ Jf. BGB § 892.

«The creation of restrictions with a proprietary effect upon the right of ownership or of dividing up that right is only permitted in the cases provided by the law; any restriction of that right resulting from a legal transaction which does not comply with these conditions, has the character of an obligation»

En tilsvarende bestemmelse er nedfelt i den nederlandske sivillovbokens bok VI art. 3:81. I andre europeiske land oppstiller sivillovbøkene en katalog av tinglige rettigheter som har samme effekt, nemlig at «tingligheten» begrenses til det som følger av loven.³⁰ I Østerrike, Tyskland, Italia og Skotland følger *numerus clausus*-prinsippet av fast rettspraksis og juridisk teori.³¹

2.4 Utviklingen i norsk rett

Gjennom forfattere som *Hagerup* og *Platou* ble den konstruktive retning ført inn i norsk rettsvitenskap på slutten av 1800-tallet³². Begge forfatterne var representanter for en utpreget romanistisk rettsoppfatning.³³ Særlig *Platou* oppfattet romerretten som et rettskildepriksipp. Den var «universell» og lå på mange måter over den nasjonale dansk/norske formuerett.³⁴ En konsekvens av denne retningen var økt resepsjon av romanistiske regler og regelstrukturer. *Hagerup* og *Platou* arbeidet planmessig med å inkludere tysk-romersk formuerettslitteratur som en del av tekstgrunnlaget for norsk formuerettsforskning.³⁵

Sondringen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter fikk en sentral plass i *Hagerup* og *Platous* rettsdogmatiske fremstillinger. Et illustrerende eksempel er *Hagerups* gjennomgang

³⁰ Se den østerrikske sivillovboken art. 308; Fransk og Belgisk sivillovbok art. 543; Gresk sivillovbok art. 973.

³¹ Jf. *von Bar/Drobnig*, s. 321.

³² Se særlig *Hagerups* artikkel i første utgave av TfR 1888, s. 1, og *Platou*, *Retskildernes Theori*.

³³ «Romanistisk» må i denne sammenheng forstås som klassisk romerrett og den nyere tysk-historiske skoles rekonstruksjoner av den klassiske romerrett.

³⁴ Se hans *Retskildernes teori* s. 1 flg.

³⁵ Det skulle ta nesten 60 år før den tysk-historiske skole fikk innflytelse i Danmark og Norge. Årsaken kan spores tilbake til to helt sentrale skikkelser i nordisk rettsvitenskap; *Ørsted* og *Schweigaard*. Forfatterne hadde til felles at de var aktive i første halvdel av det 19. århundre, fikk stor innflytelse og var talsmenn for en mer pragmatisk analytisk-deskriptiv metode. Særlig *Schweigaard* var kritisk overfor tysk rettsvitenskap, jf. hans *Betraktninger over Retsvidenskabens nærværende Tilstand i Tyskland*, *Juridisk Tidsskrift*, Bind 23, 1834, s. 292-333.

av panterettens «begreb og retslige natur».³⁶ Her drøfter *Hagerup* spørsmålet om panteretten regnes som en tinglig sikkerhetsrett eller obligatorisk fordringsrett. *Hagerup* forfektet førstnevnte syn og forankret det i fordringsbegrepet som sådan: Noe annet ville være «et spill med ord [som] vender op og ned på den naturlige betydningen af begrepet *obligatio* som et til en person rettet pligtbud.»³⁷

Sondringen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter ble aldri retningsgivende for lovgivningen i denne perioden. Noe av årsaken lå allerede i fraværet av lovgivning. I et historisk perspektiv er norsk formuerett hovedsakelig utviklet i et samspill mellom rettspraksis og juridisk teori.³⁸ Tradisjonelt har bare bruddstykker vært nedfelt i lov.³⁹ Hertil kommer at systemsondringer som lovgivningsteknisk virkemiddel primært er aktuelt i lovbøker, noe vi ikke fikk i Norge.⁴⁰

Utover det 20. århundre ble den konstruktive retning kritisert for å være virkelighetsfjern og teoretisk. Særlig *Stang* gikk langt i å erklære konstruktivismen for uholdbar.⁴¹ Kritikken var ikke et særnorsk fenomen. Rundt århundreskiftet var det flere tyske forfattere som kom med sterke angrep på den konstruktive jurisprudence.⁴² I tysk rettsvitenskap skjedde det en dreining vekk fra begrepsjuss over i en avveining av de motstående interesser – gjerne omtalt som «interessjurisprudence». I norsk rettsvitenskap er det først og fremst *Knoph* og *Stang* som forbindes med interessejurisprudensen.⁴³

³⁶ *Hagerup*, Panteret(1. utg.), 2. kapittel.

³⁷ *Hagerup*, *op.cit.* s. 36.

³⁸ *Askeland*, Makt og rett, s. 171-176 omtaler norsk rettsvitenskap før EU-rettens inntog som «drivverket» i privatrettsutviklingen.

³⁹ Eksempelvis kjøpsloven av 1907 og gjeldsbrevloven av 1939.

⁴⁰ Det ble riktignok hyppig debattert, se *Stang*, Innledning, s. 87 flg.

⁴¹ *Stang*, *op.cit.* s. 179

⁴² Se for eksempel henvisningene til tysk litteratur i *Casteberg*, TfR 1923 s. 299.

⁴³ Se særlig *Knoph*, TfR 1922, s. 219-240, og *Stang*, TfR 1933 s. 118-134.

Det var likevel rettsrealismen som skulle føre til et uttrykkelig oppgjør med sontringen. Innledende og indirekte gjennom *Torps* relasjonsteori fremsatt i 1902,⁴⁴ uttrykkelig av *Vinding Kruse* i 1924,⁴⁵ deretter på et mer abstrakt rettsteoretisk grunnlag av *Ross* i 1934.⁴⁶ *Ross* programerklæring, som ble toneangivende for den skandinaviske rettsrealismen, var å strippe juridiske begreper for materielt innhold. Kritikken mot sontringen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter henger derfor nært sammen med kritikken mot det substansielle eiendomsrettsbegrep.⁴⁷ Hos *Ross* er en rettighet kun «hvad den reelt betyder i retslivet, og intet andet.»⁴⁸ En «rettighet» blir redusert til et rent interpersonelt forhold, og dermed faller ideen om at det kan bestå et rettighetsforhold *mellom* personer og ting.

Denne kritikken fikk nokså umiddelbart gjennomslag i nordisk rett. Om stemningen på 1940- og 1950-tallet skriver *Bengtsson* at:⁴⁹

«Vår generation kände sig, i motsats till de föregående, helt fri från de band som begreppsjuridiken lagt på civilrätten Hänvisningar till rättssystematiska synpunkter framstod inte så sällan som en misstänkt formalistisk argumentation, som undanskymde rationella hänsyn och ledde till olämpliga resultat i just den typsituation som diskuterades. Och de allmänna civilrättsliga principer som tidigare spelat så stor roll tycktes vara en onödig och besvärande barlast som ofte utan större olägenheter kunde lämpas över bord.»

Sitatet gir en dekkende beskrivelse av hvordan man etter hvert oppfattet sontringen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter. I følge *Olav Lid* var det «berre så vidt [ein] vågar å bruke nemningane «obligatorisk» og «tingleg» - i tilfelle sett ein dei sjølv sagt i gåsaugo og legg helst til i parentes at ein berre brukar dei som merkelappar for ei praktisk gruppering og at ein

⁴⁴ *Torp*, NJM 1902, s. 1-38. *Torps* relasjonsteori dannet grunnlaget for det funksjonelle eiendomsbegrep man opererer med i Skandinavia i dag, se for eksempel Sandstedt, *Förarbeten til en komparativ säkrättsdialog*, s. 167 flg.

⁴⁵ *Vinding Kruse*, TfR 1924 s.315-436

⁴⁶ *Ross*, *Virkelighed og Gyldighed*, s. 244 flg.

⁴⁷ Se for eksempel *Brækhus/Hærem*, s. 376-377.

⁴⁸ *Ross*, *Ejendomsrett og ejendomsovergang*, s. 13.

⁴⁹ *Bengtsson*, *civilrättens splittring*, s. 32.

er klar over at det ikkje er nokon *vesensskilnad* på desse gruppene.»⁵⁰ Tross enkelte motforestillinger⁵¹ har dette vært den herskende oppfatning i snart 70 år.⁵²

2.5 Internasjonal harmonisering av formueretten - Draft Common Frame of Reference (DCFR)

De siste tiårene er den pragmatiske tilnærmingen til rettsspørsmål vært regnet som et adelsmerke ved norsk juss.⁵³ Da gjerne som motsetning til den «formalistiske» tilnærmingen i (tysk) kontinental rett.⁵⁴ Etter norsk metodelære skal ikke rettsspørsmål løses ut fra spekulasjoner over abstrakte begreper, men ut fra reelle overveielser over reelle problemer.

Felleseuropeisk harmonisering av formueretten, med Draft Common Frame of Reference i spissen, setter muligens denne tilnærmingen under press. DCFR ble initiert av EU-kommisjonen i 2003⁵⁵ og forelå i fullstendig form i 2009. Arbeidet ble utført av en rekke europeiske akademikere ledet av professor *Christian von Bar*. Selv om DCFR per dags dato ikke har noen formell autorisasjon, er det uttalt mål at arbeidet skal tjene som referanseramme for en eventuell EU-rettslig sivillovbok.⁵⁶

⁵⁰ *Lid*, LoR 1965, s. 120.

⁵¹ Jf. *Kinander* TfR 2003 s. 683-684.

⁵² Jf. senest *Lilleholt*, Allmenn formuerett, s. 48.

⁵³ Jf. *Graver*, TFE 2005 s. 166.

⁵⁴ *Samuelsson* i ErT 2009 s. 66 bruker betegnelsen «kontrakultur»: Når vi definerer norsk(eller svensk) formuerett som funksjonalistisk forklarer vi hva den er, samtidig som vi forklarer hva den ikke er. Og det den ikke er, er kontinentaleuropeisk eller tysk.

⁵⁵ COM-2003-68 s. 1 flg.

⁵⁶ DCFR Full edt. s. 19.

Det er kanskje ikke helt treffende å betegne DCFR som et «harmoniseringsprosjekt». I mandatet for DCFR heter det blant annet at:⁵⁷

“Advantage should be taken of existing national legal orders in order to find possible common denominators, to develop common principles and, where appropriate, to identify best solutions.»

I *von Bars* respons ble “best solutions” et helt arbeidsprogram:⁵⁸

«The Action Plan indicates that the common frame of reference should make use of «best solutions». We regard this as the right approach. It will be necessary for the common frame of reference to go beyond a mere restatement of core private law in the EU....”

Formålet med DCFR var altså ikke å identifisere et slags minste felleseuropeisk multiplum, men å skissere det man oppfattet som de beste løsningene på formuerettslige spørsmål. Disse løsningene har tilsynelatende lite til felles med tradisjonen i norsk rett. Sett fra et norsk rettskulturelt ståsted fremstår DCFR som utpreget tysk og formalistisk. Samlet i 10 bøker angis det et tilnærmet komplett formuerettslig regelverk. Reglene utgår fra definisjoner av grunnbegreper strukturert i et sammenhengende system. Flere steder regnes sontringen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter som selvsagt, selv om det ikke alltid var like lett å få de nordiske representantene med på akkurat det.⁵⁹

Et punkt det særlig var vanskelig å forenes om var reglene om eiendomsrettens overgang. *Hagstrøm* omtaler prosessen slik: «[Man] prøvde å proponere for den nordiske realistiske lære om eiendomsrettens overgang. På tross av iherdige forsøk ble resultatet mye i overenstemmelse med kontinentaleuropeisk rett. For den som fulgte debatten, var det interessant å merke seg at høyt skolerte akademikere hadde liten sans for arven fra den nordiske rettsrealismen. Det kunne nok få enkelte til å tvile på lærers fortrefelighet. Forklaringen på at det ikke var mulig å få gjennomslag for et realistisk syn, er nok

⁵⁷ COM-2003-68 s. 17.

⁵⁸ *Von Bar – Swann*, Response to the Action Plan on European Contract Law s. 603.

⁵⁹ Se f.eks. pkt. 4.4.1 nedenfor.

allikevel først og fremst at den historiske arv her var så tung at det var vanskelig for nye tanker å vinne innpass.»⁶⁰

Det er et åpent spørsmål om arbeider som DCFR etter hvert får status som formell rettskilde i norsk rett. Tendensen går i retning av at DCFR får indirekte autoritet ved å tjene som referanseramme for EUs lovgivningsarbeid, i første rekke innenfor kontraktsretten.⁶¹ Det har derfor vært hevdet at norske jurister etter hvert må vende seg til en mer kontinental juridisk tenkemåte.⁶² Et første steg kan da være å undersøke mulige parallelle trekk i rettskildematerialet. På dette punktet har sontringen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter fortsatt relevans.

⁶⁰ Jf. *Hagstrøm*, Festskrift Håstad s. 233.

⁶¹ Se utkastet til en felleseuropeisk kjøpsrett KOM(2011) 635 med tittelen «Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on a common European sales law». Utkastet er basert på reglene I DCFR, PECL og UNIDROIT.

⁶² Se *Baldersheim*, TfR 2012 s. 139-140 med videre henvisninger.

3 Prinsipper for sontringen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter i eldre norsk rett

3.1 Delingsprinsippet

Eiendomsrettens overgang var i eldre rett betinget av en obligatorisk avtale og en tinglig overdragelse. *Scheel* beskriver delingsprinsippet slik:⁶³

«Retshandelen maa umiddelbart gaa ud paa overførelse af eiendomsret, ikke blot paa overtagelse af en forpliktelse til eiendomsoverdragelse. Eller – almindeligere udtrykt – retshandelen maa være tinglig, ikke blot obligatorisk. Denne sontring er af betydning ogsaa for stiftelse, overdragelse og frafaldelse av særlige tinglige rettigheder.»

Hvis det kun var stiftet en obligatorisk kontrakt, hadde ikke kjøper beskyttelse mot selgers kreditorer.⁶⁴ Spørsmålet var da hvordan en skulle avgjøre om det forelå en tinglig overdragelse eller kun en obligatorisk kontrakt. Prinsipielt sett synes det avgjørende å være partenes vilje.⁶⁵ Selger må erklære at eiendomsretten overdras til kjøper. Ifølge *Gjelsvik* måtte følgende vilkår være oppfylt:⁶⁶

«Retshandelsgiveren maa (...) ha retshandelsevne, han maa ha raadighetsret over tingen, det maa erklæringsvilje til, viljen til eiendomsoverføring i denne forbindelse, og tingen maa være gjenstand for eiendomsoverføring.»

Ved overdragelse av fast eiendom foregår overføringsrettshandelen ved utstedelse av skjøte.⁶⁷ Ved overdragelse av løsøre skjer det ved en overdragelseserklæring.⁶⁸

⁶³ *Scheel*, Tingsrett s. 275-276.

⁶⁴ Stillingen overfor omsetningsserververe var mer usikker, se pkt. 2.2.2 nedenfor.

⁶⁵ *Scheel*, Tingsrett s. 276 flg.

⁶⁶ *Gjelsvik*, Tingsrett s. 241.

⁶⁷ *Gjelsvik*, Tingsrett s. 279

⁶⁸ *Op.cit.* s. 297. Da som nå var det usikkert om det for løsøre krevdes fysisk overlevering(traditio) for å oppnå rettsbeskyttelse. *Gjelsvik* s. 297 mente det var tilstrekkelig med en overdragelseserklæring.

Rt. 1910 s. 213 Ku-dommen illustrerer bruken av delingsprinsippet i praksis. A hadde kjøpt og betalt 11 kyr som først skulle overleveres fra selger når kyrne var utmelket. Da selger gikk konkurs var spørsmålet om A hadde ervervet en tinglig eiendomsrett i kyrne, eller kun et obligatorisk krav på å bli eier.

Flertallet i Høyesterett mente transaksjonen «mangler karakteren af en *virkelig eiendomsoverdragelse*». Det ble lagt vekt på at dyrene ikke var fysisk overlatt til kjøper, og at selger «beholdt i sin interesse raadigheden over dyrene i flere maaneder».

Mindretallet mente at «der maa forudsættes at være *tilsigtet* en øieblikkelig definitiv eiendomsoverdragelse ...». At kyrne ikke ble fysisk overlevert var ikke til hinder for at «eiendomsretten [i] overenstemmelse med *parternes hensigt* overførtes til [kjøper] allerede ved handelens afslutning». Transaksjonen måtte oppfattes slik at selger skulle besitte kyrne på kjøpers vegne. Et «saadant constitutum possessorium udelukker ikke, at aktuel eiendomsoverdragelse maa siges at have fundet sted».

I ettertid har Ku-dommen vært brukt i diskusjonen om hvorvidt det kreves fysisk overlevering for å oppnå rettsvern ved kjøp av løsøre.⁶⁹ Jeg leser premissene slik at det først og fremst var spørsmål om å tolke seg frem til en eventuell overdragelsesvilje. Fysisk overlevering var kun et (vektig) tolkningsmoment. Tilnærmingen har en parallell til vilkårene for overdragelse av eiendomsrett til løsøre i tysk rett. Som nevnt ovenfor krever BGB § 929 enighet og overføring for at eiendomsretten skal gå over på kjøper. Hvis tingen ikke er overlevert åpner BGB § 930 for et *constitutum possessorium*.⁷⁰ Det innebærer i korte trekk at selger kan disponere tingen på kjøpers vegne dersom partene er enige om det.⁷¹

Forskjellen mellom delingsprinsippet og det «moderne» kravet til fysisk overlevering er derfor primært et spørsmål om tilnærming til rettsvernsproblematikken. Den norske «interesselæren» har f.eks. ganske store likhetstrekk med et constitutum possessorium. I begge tilfelle må kjøper subjektivt ha interesse i at tingen disponeres av selger.⁷² Forskjellen er at i moderne norsk rett blir kjøper eier i forbindelse med

⁶⁹ Se f.eks. Lilleholt, Allmenn formuerett, s. 288-289.

⁷⁰ BGB § 930

⁷¹ Jf. von Bar/Drobnig, s. 327.

⁷² Se nærmere Lilleholt, Allmenn formuerett, s. 290 flg.

avtalen. I tysk rett blir kjøper først eier ved overlevering(eventuelt et constitutum possessorium). Beskyttelsen overfor tredjemenn er den samme.

3.2 Et abstraksjonsprinsipp i eldre norsk rett?

I eldre norsk litteratur behandles abstraksjonsprinsippet som en del av delingsprinsippet.

Scheel skriver at:⁷³

«Med hensyn til betydningen av sontringen mellom obligatoriske og tinglige retshandler kan her nævnes, at dels en obligatorisk retshandel kan være ugyldig, den tinglige retshandel, hvorved den ugyldige kontrakt opfyldes, derimod gyldig, dels omvendt den obligatoriske retshandel gyldig, medens den tinglige retshandel ugyldig.»

Utenom litteraturen er det vanskelig å finne holdepunkter i kildene for at det har eksistert et abstraksjonsprinsipp i norsk rett. Forarbeidene til avtalelovens kap. 3 om «ugyldige viljeserklæringer» tilsier at prinsippet i hvert fall ikke var festnet i norsk rett.⁷⁴ Motivene skiller ikke mellom tilfeller der ugyldighetsgrunnen rammer den «obligatoriske» eller «tinglige» del av avtalen. Om tredjemannskonfliktene heter det f.eks. at:⁷⁵

«I almindelighet maa det antages at ugyldigheten altid kan gjøres gjældende mot ondtroende tredjemand. Er tredjemand derimot i god tro, stiller saken sig anderledes. I de tilfælde, da ugyldighetsgrunden virker overfor den anden part uten hensyn til om han er i god tro (§29), maa det antages at den ogsaa virker overfor senere godtroende erhververe. Den som ved voldsom tvang er tvunget til at avstaa en ting, kan saaledes vindicere den fra hvemsomhelst.»

Uttalelsene om vindikasjon forutsetter et kausalitetsprinsipp. Som nevnt overfor innebærer kausalitetsprinsippet at eiendomsretten går mellom partene ved avtale, eventuelt en ensidig viljeserklæring. Er avtalen ugyldig regnes overdrager fortsatt som eier. *Vindikasjon* betegner overdragers rett til å få utlevert tingen i kraft av eiendomsretten. Som nevnt overfor er

⁷³ Scheel, Tingsrett s. 276

⁷⁴ I samme retning den noe senere tinglysningsloven § 27 første ledd som bestemmer at ugyldige overdragelser kan gjøres gjeldende overfor omsetningserververe i ond tro.

⁷⁵ Ot.prp.nr.17(1917) s. 65.

ordningen annerledes i systemer basert på et abstraksjonsprinsipp. Abstraksjon innebærer at adressaten regnes som eier selv om den obligatoriske avtalen anses for ugyldig.

Det kan spørres om delingsprinsippet, presentert i pkt. 2.1.1, faller med fraværet av et abstraksjonsprinsipp i norsk rett. Selv om prinsippene henger nært sammen, er det ingen nødvendig sammenheng mellom dem. Østerriksk rett er et godt eksempel. Etter inspirasjon fra BGB ble delingsprinsippet resipert ved revisjon av den østerrikske sivillovboken ABGB art. 380.

Abstraksjonsprinsippet ble derimot ikke gjort til en del av ABGB.⁷⁶ Østerriksk tingsrett inntar derfor en slags mellomposisjon: Det kreves to separate avtaler for overgang av eiendomsrett, men man sonderer ikke mellom avtalene for f.eks. spørsmål om ugyldighet. Det innebærer bl.a. at løftegiver kan vindisere dersom den obligatoriske avtalen er ugyldig.⁷⁷

3.3 Numerus clausus i eldre norsk rett?

I norsk rett er det ingen tradisjon for å begrense avtalefriheten knyttet til tinglige rettigheter.⁷⁸ Jeg kan heller ikke se antydninger til et numerous clausus-prinsipp i de eldre fremstillingene av tingsretten. Byrettens flertall i Ku-dommen er riktignok inne på noe som kan minne om et numerous clausus-prinsipp i følgende uttalelse:⁷⁹

«Spørsmålet er for mig alene, om kjøberen har erhvervet denne eiendomsret paa saadan maade, at den ogsaa er fuldt tinglig retsbeskyttet ligeoverfor sælgerens konkursbo, idet jeg med den nyeste forfatter paa dette omraade, jfr. Scheels forelæsninger over norsk tingsret, s. 347 nederst og s. 348, er enig i, at dette er noget, som det ligger *ganske udenfor parternes myndighed at bestemme*, og jeg mener, at en saadan eiendomserhvervelse for kjøberen in casu ikke har fundet sted...»

Scheels fremstilling, som byretten viser til, omhandler imidlertid ikke begrensninger i avtalefriheten knyttet til tinglig eiendomsoverdragelse. På s. 347-348 argumenterer han for at avtalen skal tolkes subjektivt. I følge *Scheel* kan det ikke «lægges nogen vægt paa de ord, som benyttes, naar partene i gjerningen viser at deres mening har været en anden end den, som er

⁷⁶ *Von Bar/Drobnig*, s. 326-327

⁷⁷ *Loc.cit.*

⁷⁸ Jf. *Lilleholt*, Allmenn formuerett, s. 48 med videre henvisninger.

⁷⁹ Rt. 1910 s. 235-236

udtrykt i ordene».⁸⁰ Byrettens flertall må da forstås slik at den ikke la avgjørende vekt på kjøpekontraktens ordlyd. Det er noe annet enn et prinsipp om *numerous clausus*.

Det nærmeste en kommer *numerus clausus* i norsk rett er antakelig det *panterettslige legalitetsprinsipp*, jf. panteloven § 1-2(2). Avtalepant kan bare stiftes rettsgyldig hvor dette 1) er hjemlet i lov og 2) dersom pantet er hjemlet i lov, må vilkårene eller kvalifikasjonskravene i vedkommende lovbestemmelse være oppfylt.

3.4 Prinsippet om kontrakters relativitet

I norsk rett har relativitetsprinsippet særlig hatt betydning som erstatningsrettslig avgrensningskriterium. Prinsippet ble uttrykt slik at kun tinglige rettigheter hadde erstatningsrettslig vern etter deliktsreglene.⁸¹ Regelen ble brukt som avgrensningskriterium både i erstatningsretten og i ekspropriasjonsretten. Betegnelsen «tinglig rett» var riktignok ikke helt treffende ettersom «tinglige rettigheter» omfattet både tings- og personskader. Kjernen i sontringen var at kontraktsposisjoner som hovedregel ikke hadde deliktsrettslig vern.

Rt. 1923 s. 208: Som følge av ekspropriasjon ble en kullforretning ute av stand til å levere et parti koks som var kjøpt og betalt. Kjøper ble ikke tilkjent erstatning under henvisning til at et obligatorisk krav «ikke begrunder nogen erstatningspligt for eksproprianten.»

Rt. 1929 s. 1013: Et certerparti falt bort da skipet som skulle frakte partiet ble ekspropriert. Saksøker ble ikke tilkjent ekspropriasjonserstatning da han bare hadde et obligatorisk krav på de eksproprieerte varer.

Rt. 1940 s. 424: En drosje ble stående i 10 dager på verksted etter kollisjon med en annen bil. Eieren av drosjen ble tilkjent erstatning. Drosjesjåføren som leide bilen fikk ikke erstattet inntektstapet som følge av at bilen stod uvirksom. Førstvoterende, som representerte flertallet, uttalte at «sjåføren ... står – når han ikke er medeier i bilen - alene i kontraktsmessig forhold til bilens eier, men ikke i noe sådant forhold til bilen at han på det kan bygge noe selvstendig erstatningskrav. Den hvis rett er krenket er drosjeeieren ...»

⁸⁰ Scheel, s. 347-348.

⁸¹ Se f.eks. Lindvik i Rt.1935 på s. 606 og Øvergaard, s. 374-380.

3.5 Systematikk – hvordan sonde mellom tinglige og obligatoriske rettigheter?

3.5.1 Innledende om systematikken

I det foregående er det presentert noen prinsipper knyttet til sontringen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter. Spørsmålet er om disse prinsippene kunne innpasses i et system.

Den underliggende ideologi i norsk privatrett rundt det forrige århundreskiftet var at det skulle bygges et heldekkende system av rettsregler.⁸² Derfor var det nødvendig å trekke grensen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter etter generelle kriterier. I teorien var det enighet om at det måtte sondres enten etter 1) rettighetens beskyttelse, 2) rettighetens innhold, eller 3) begge deler. Problemet var å avgjøre hvilket av disse kriteriene som skulle være bestemmende for sontringen. I det følgende skal det gis en kort oversikt over hvordan problemet ble håndtert.

3.5.2 Rettighetens beskyttelse

Sontring etter beskyttelse er det «opprinnelige» skillet mellom tinglige og obligatoriske rettigheter.⁸³ Det var også det rådende kriterium i norsk rett frem til slutten av det 19. århundre. I følge *Brandt* var «væsentligt ved de tinglige rettigheder ... det, at de inden sine Grænser nødvendig gjælder imod alle.»⁸⁴

Sontringen etter rettighetens beskyttelse møtte noen utfordringer. For det første var det problematisk å anvende delingsprinsippet ved tilfeller av dobbeltsalg. A selger en sykkel til B og deretter til C. Var C i god tro, var det enighet om at Bs obligatoriske rett i sykkelen ikke var til hinder for at C ervervet en tinglig rett.⁸⁵ Kjennetegnet ved en obligatorisk rett er nettopp

⁸² Jf. den tidligere, men nå forlatte, ambisjon om å lage en sivillovbok (Grl. § 94). Se ellers Hagerup i TfR 1888 s. 1-58, og Platou, Privatret s. 4 flg.

⁸³ Se pkt. 2.2-2.3 over.

⁸⁴ Jf. Brandt, Tingsret s. 6-7.

⁸⁵ Se gjelsvik, s. 245 flg. med videre henvisninger.

at rettsforholdet mellom A og B ikke kan gjøres gjeldende mot C. Ved kollisjon mellom to obligatoriske rettigheter gikk B foran etter prinsippet om først i tid, best i rett.

Hvis C var i ond tro om Bs rett, presenterer teorien en del alternative tilnærminger. *Scheel* tar utgangspunkt i at A har vilje til å overføre eiendomsretten. Eiendomsretten kan derfor ikke lenger være hos A. Men eiendomsretten kan heller ikke være hos B, fordi den tinglige overdragelsen ikke er rettet mot B. Ett sted må imidlertid eiendomsretten være, og når den verken er hos A eller B, så må den være hos C. C har eiendomsretten mot at B får et obligatorisk krav mot C.⁸⁶

Gjelsvik anla en ugyldighetsbetraktning. Siden C var i ond tro var han ikke «mottaksdyktig», dvs. rettslig sett ute av stand til å erverve eiendomsrett.⁸⁷ Eiendomsretten var derfor ikke gått over fra A til C. Høyesterett synes å være inne på et lignende resonnement i Rt. 1917 s. 705. A hadde solgt en eiendom til B, deretter til C som fikk skjøte. C visste om kjøpekontrakten A hadde med B. Høyesterett avgjorde at utstedelsen av skjøte til C kjentes ugyldig, og A ble idømt plikt til å utstede skjøtet til B.

Sett i ettertid førte delingsprinsippet til ganske tungvinte konstruksjoner.

En annen utfordring var å harmonisere delingsprinsippet med reglene om tinglysning. Før lov om tinglysning av 1935 var det sedvane at tinglyste kjøpekontrakter til fast eiendom var beskyttet mot selgers yngre suksessorer.⁸⁸ Regelen passet dårlig inn i systemet ettersom kjøpekontrakter etter delingsprinsippet var en typisk obligasjon. Hertil kom at tinglysning kun beskyttet mot yngre suksessorer og ikke kreditorer⁸⁹. En og samme kontrakt kunne i det ene

⁸⁶ *Scheel*, Tingsrett s. 280-284.

⁸⁷ *Gjelsvik*, Tingsrett s. 245 flg.

⁸⁸ Regelen er referert i Rt. 1865 s. 746 og var i følge Høyesterett utviklet av *Ørsted* og *Hurtigkarl* i begynnelsen av det 19. århundre

⁸⁹ Jf. *Platou*, Privatret s. 66.

øyeblikket være tinglig, i det andre øyeblikket obligatorisk. Etter hvert gikk derfor de fleste forfattere bort fra utelukkende å sonde etter beskyttelsen.⁹⁰

Rt. 1865 s. 746 er et godt eksempel på «kollisjonen» mellom eldre forestillinger om tredjemannsvirkningene av tinglysning og forestillingen om at obligatoriske rettsforhold kun gjaldt inter partes. En tømrer hadde fått tinglyst en kontrakt hvor oppdragsgiver forpliktet seg til å utstede en pantobligasjon til sikkerhet for vederlaget. Da oppdragsgivers solgte eiendommen, reiste tømreren krav mot kjøper om å utstede pantobligasjonen.

Høyesterett la til grunn at siden «det ikke er stiftet nogen tinglig Ret...», var spørsmålet om «en blot personlig (obligatorisk) forpligtelse ... naar den behørig thinglæses» kunne gjøres gjeldende mot tredjemann. Saksøker hadde vist til læren om kjøpekontraktens tinglysning, men Høyesterett mente det kunne «reises vegtige indendinger mod at tillægge de Grunde, hvorpaa den[læren] er bygget, en ganske ubetinget eller almindelig gyldighed». Følgelig var det ikke grunnlag for å gi tinglysning tredjemannsvirkninger for andre rettigheter enn kjøpekontrakt vedrørende fast eiendom. Det er illustrerende for datidens tankegang at Høyesterett argumenterte ut fra sontringen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter, og ikke legitimasjons- og publisitetshensyn.

3.5.3 Rettighetens innhold

Forfattere som *Scheel*, *Platou* og *Stang* skilte primært etter rettighetenes innhold,⁹¹ trolig etter inspirasjon fra den tysk-historiske skole.⁹² En tinglig rettighet gikk ut på *rådighet* over en ting, mens en obligatorisk rett gjaldt et *krav* mot en person.⁹³

Reglene om hevd og foreldelse er et eksempel på at grensen ble trukket etter rettighetens innhold. Etter Kong Christians 5. Norske Lov av 1687(NL-5) art. 5-5-13 ble «gieldsbrev» foreldet etter 20 år. Regelen ble tolket analogisk til å omfatte alle slags fordringer på artsbestemte ytelser.⁹⁴ NL-5-5-4 hjemlet eiendoms- og bruksrettshevd. Etter hvert så man det

⁹⁰ Se *Scheel*, Tingsrett s. 10-11 med videre henvisninger.

⁹¹ Jf. *Scheel* s. 10-11; *Platou*, Privatret s. 37; *Stang*, Innledning s. 166.

⁹² Det «moderne» skillet mellom tinglige og obligatoriske rettigheter, bygget på en vurdering av rettighetens innhold, skriver seg i første rekke fra *Savignys* og *Puchtas* arbeider, jf. *Marthinussen*, Forholdet mellom panteretten og det sikrede kravet, s. 51 med videre henvisninger.

⁹³ Jf. eksempelvis *Scheel*, Tingsrett s. 11.

⁹⁴ Jf. *Hallager/Aubert* s. 293-294.

slik at reglene om hevd og foreldelse var et positivt uttrykk for sontringen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter.⁹⁵

Det avgjørende for grensen mellom hevd og foreldelse var om rettigheten hjemlet en umiddelbar rådighet over en ting eller et krav mot en person. Gjeldsbrev inntok en mellomposisjon; det var mulig å råde over selve papiret, samtidig som papiret hjemlet en obligatorisk fordring. Litteraturen måtte derfor drøfte nokså inngående om fordringen skulle regnes som et aksessorium til papiret, eller om papiret var et aksessorium til fordringen. Den alminnelige oppfatningen i norsk litteratur var at hevd av gjeldsbrev prinsipielt sett var umulig.⁹⁶

Enkelte rettigheter hadde en blandet karakter, noe særlig grunnbyrden illustrerer. Grunnbyrden var tinglig i den forstand at den hvilte på en fast eiendom, samtidig som innehaveren av eiendommen var obligatorisk forpliktet til å prestere løpende ytelser.⁹⁷ Litteraturen la derfor til grunn at dels tinglige, dels obligatoriske rettsregler fikk anvendelse.⁹⁸

3.5.4 Innhold og beskyttelse

Selv om den juridiske teori opererte med rettighetens innhold som primært kriterium, så man at tinglige rådighetsretter ofte nøy en særlig rettsbeskyttelse. Overdragelse av individuelt bestemte ting er illustrerende. Hvorvidt en stod overfor en obligatorisk kontrakt eller tinglig overdragelseshandel ble avgjort etter partenes vilje, dvs. rettighetens innhold. Men rettsvirkningen av dette skille var nettopp knyttet til rettighetens beskyttelse, jf. eksempelvis ovennevnte Rt. 1910 s. 231.

⁹⁵ Se f.eks. *Gjelsvik*, s. 370-371.

⁹⁶ *Brandt*, Tingsrett s. 464; *Gjelsvik* s. 370 med videre henvisninger.

⁹⁷ Jf. *Platou*, Privatret s. 72-73.

⁹⁸ *Platou*, s. 73 nevner som eksempel at grunnbyrden ikke kan stiftes ved hevd.

Enkelte forfattere innførte derfor beskyttelse som sidestilt eller sekundært kriterium for sontringen.⁹⁹ Karakteristisk for de tinglige rettigheter var en rettsbeskyttet rådighet over ting, mens de obligatoriske rettigheter ga en ubeskyttet fordring på en person.

Denne definisjonen ga i mange tilfelle en dekkende beskrivelse på forskjellen mellom de ulike rettigheter. Den var imidlertid ikke mulig å gjennomføre konsekvent. Man festet seg særlig ved situasjonen der kjøper av fast eiendom hadde tiltrådt bruken uten å få skjøtet tinglyst. Her hadde kjøper en tinglig rådighetsrett men manglet tinglig beskyttelse overfor selgers yngre suksessorer. Bestemt etter innhold og beskyttelse skulle da kjøper ha en obligatorisk rett i eiendommen. Det var imidlertid unaturlig å karakterisere kjøpers rett som et krav på selger, ettersom selger hadde gjort alt som kunne fordres av ham.¹⁰⁰ Det var derfor helt tilfeldig om kjøpers rett var tinglig eller obligatorisk.

Koblingen mellom rettighetens innhold og rettighetens beskyttelse er kanskje det vanskeligste å få grep om når det gjelder sontringen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter. I ettertid er problemet grundig analysert av *Alf Ross*. Han forkastet tanken om at visse rettighetstyper er «utrustet» med tinglig vern som en villfarelse:¹⁰¹

«For så vidt angår den *dynamiske beskyttelse* må det derimod hævdes, at det på forhånd er udelukket at der kan bestå en sammenheng mellom indhold og beskyttelse på den måde, at visse rettigheder er udrustet med «tinglig», andre med blot «obligatorisk» beskyttelse. Det beror simpelthen på, at reglerne om dynamisk beskyttelse angår en kollision mellem flere hver for sig gyldige succesioner og følgelig må være *betinget af kollisionstypen, ikke af rettighedstypen.*»

Som beskrivelse av gjeldende dansk (og norsk) rett er påstanden utvilsomt dekkende.¹⁰² Men det forklarer ikke hvorfor noen rettssystemer kobler rettighetens beskyttelse opp mot rettighetens (tinglige) innhold, mens skandinaviske rettssystemer ikke gjør det. En mulig historisk forklaring er fraværet av *numerus clausus* i norsk og skandinavisk privatrett. Uten en typetvang for tinglige rettigheter blir sontringen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter

⁹⁹ Jf. *Platou*, s. 37, *Scheel*, s. 13-14.

¹⁰⁰ Jf. *Scheel*, s. 15.

¹⁰¹ *Ross*, *Om Ret og Retfærdighed* s. 240.

¹⁰² Så og si alle tingsrettsfremstillinger post *Ross* bygger på kollisjonsmodellen *Ross* skisserer, se. f.eks. *Brækhus/Hærem*, s. 371 flg. og *Lilleholt*, *Allmenn formuerett*, s. 24-36.

temmelig abstrakt og spekulativ, noe fremstillingen av eldre norsk rett illustrerer. Hvis man derimot har en legalbestemt og uttømmende liste over tinglige rettigheter er det helt naturlig å si at visse rettigheter er utrustet med tinglig beskyttelse. Koblingen mellom innhold og beskyttelse er derfor ingen metafysisk villfarelse slik Ross fremstiller det. Det er utelukkende et spørsmål om hvordan rettsordenen skal strukturere reglene om rettsvern. Ved f.eks. revisjon av tinglysningsloven kunne lovgiver fastsatt en mer detaljert liste over hva slags rettigheter som kan tinglyses, og bestemt at tinglysning nå er et gyldighetsvilkår inter partes. Ved slik typetvang er det ikke mulig med kollisjon mellom hver for seg gyldige suksesjoner. Det stiftes én, og bare én, tinglig beskyttet rett.

Slik sett er kanskje ikke så stor forskjell mellom sontringen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter i kontinental rett og den skandinaviske tilnærmingen med ulike kollisjonsprinsipper. I samtlige systemer oppstilles det viss kvalifikasjonskrav utover de obligasjonsrettslige for at en rettighetsposisjon skal oppnå tinglig effekt. Reglene om dobbeltsalg av løsøre er illustrerende: I norsk rett har kjøper vern mot eldre suksessorer ved overlevering i god tro.¹⁰³ I engelsk equity har kjøpers rett «proprietary effect» i den utstrekning yngre suksessorer er i ond tro om første kjøpers rett.¹⁰⁴ I tysk rett erverver kjøper en tinglig rett ved besittelsesovergang og enighet om overføringen.¹⁰⁵ I fransk rett får kjøper en tinglig rett ved overlevering i god tro.¹⁰⁶ Forskjellen mellom den moderne skandinaviske tilnærmingen og sontringen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter reduseres her til et spørsmål om begrepsbruk og systematikk.

3.5.5 Sammenfatning: Har det noen gang vært en sontring mellom tinglige og obligatoriske rettigheter i norsk rett?

¹⁰³ Lov om godtroerverv av løsøre § 1 jf. § 2.

¹⁰⁴ Se *Dalhuisen*, Transnational law s. 262-263

¹⁰⁵ BGB § 929.

¹⁰⁶ Code Civil art. 1141.

Det er ingen universell definisjon av sontringen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter. Mens f.eks. korttidsleie av husrom regnes som en obligatorisk avtale i tysk og fransk rett, er «lease of land», uavhengig av omfang og lengde, en tinglig rett i common law.¹⁰⁷ Et annet eksempel er forkjøpsretter til fast eiendom. En registrert forkjøpsrett anses som tinglig i spansk rett.¹⁰⁸ I slovensk rett regnes rettigheten som en *obligatio in rem scripta* (obligatorisk rett med tinglig effekt).¹⁰⁹

Hvorvidt norsk rett har hatt en sontring mellom tinglige og obligatoriske rettigheter avhenger av hva en legger i begrepsparet «tinglige og obligatoriske rettigheter». Rent terminologisk er det en smakssak om man vil si at beskyttede rettighetsposisjoner har «rettsvern» eller «tinglig vern». Derimot er det åpenbart at norsk rett aldri har hatt en gjennomført systemsontring slik som f.eks. tysk rett. Det kan forklares ved at rettslig resepsjon på et mer grunnleggende nivå forutsetter at rettens intellektuelle og institusjonelle strukturer trekker i samme retning.¹¹⁰ Det var tilfelle i bl.a. tysk rett hvor rettsvitenskapen intellektuelt og BGB institusjonelt la til grunn samme skille mellom tingsrett og obligasjonsrett. I norsk rett var det kun rettsvitenskapen som systematiserte formueretten ut fra et skille mellom tinglige og obligatoriske rettigheter. Fraværet av en systematisk sivillovbok gjorde at en manglet tilstrekkelig institusjonelt grunnlag for å gjennomføre sontringen konsekvent. Riktignok spilte sontringen også en rolle i rettspraksis, men domstolene har - i hvert fall i vår rettstradisjon – begrenset mulighet og behov for å trekke opp noe større system.

Sontringen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter i norsk rett begrenset seg til å etablere en ytre struktur.¹¹¹ Det dreide seg i hovedsak om resepsjon av enkeltstående rettsregler/prinsipper, terminologi og systematikk. Et harmonisert regelsystem basert på

¹⁰⁷ Faber/Lurger s. 194-195

¹⁰⁸ Código civil art. 1549.

¹⁰⁹ Faber/lurger s. 195.

¹¹⁰ Jf. Sunde, *Rendezvous*, s. 21-22, og Holmøyvik, *Rendezvous*, s. 48.

¹¹¹ Om dansk formuerettspraksis i det 18. århundre er det notert at «Ved nærmere Eftersyn viser det sig, at Størstedelen af det romerske og romanistiske Islæt netop kun bestaar af rent terminologiske Laan og Benyttelse av romersk præget Systematik, altså kun har været et rent Overfladefænomen», jf. Nielsen s. 6. Det er nærliggende å gå ut i fra at beskrivelsen også er dekkende for norsk rett.

skillet mellom tinglige og obligatoriske rettigheter var det ikke. Dermed oppstod det grensetilfelle som verken lot seg plassere i den ene eller annen kategori.

Nyere norsk litteratur tar gjerne utgangspunkt i slike grensetilfelle når det anføres at sontringen er «uholdbar», «irrasjonell», «uanvendelig» mm.¹¹² Det er nok en dekkende karakteristikk på hvordan eldre litteratur bl.a. brukte delingsprinsippet for å løse dobbeltsalgskonflikter. Problemet er at slike utsagn impliserer at sontringen er uholdbar eller irrasjonell *i seg selv*, et syn jeg ikke deler.

Hvorvidt en tenkt systemsontring fungerer beror på det rettslige rammeverket sontringen fungerer i. I mange kontinentale rettssystemer oppfattes det som rasjonelt og nødvendig å sonde mellom tinglige og obligatoriske rettigheter. I disse rettssystemene er sontringen – til forskjell fra norsk rett – institusjonalisert gjennom lovbøker og prinsipper. Det tyske delings- og abstraksjonsprinsippet er et godt eksempel. Fra et rettsrealistisk ståsted kan en gjerne gjøre narr av tanken om at det kreves *to* separate avtaler for at A skal selge en avis til B. Men i tysk rett har denne konstruksjonen stor oppslutning fordi den fremmer forutberegnelighet og sikkerhet i omsetningen.¹¹³

At det ikke er grunnlag for å systematisere hele den *norske* formueretten etter et slikt skille, betyr ikke nødvendigvis at skillet er fraværende i rettskildematerialet. Noen forfattere vil forkaste sontringen som sådan fordi den er uegnet til en systematisk inndeling av rettsstoffet.¹¹⁴ Da blander man sammen to forskjellige spørsmål, nemlig:

- i) Hva som er en hensiktsmessig avgrensning og fremstilling av reglene

Og

¹¹² Se f.eks. *Brækhus/Hærem* s. 614, *Hagstrøm* Obligasjonsrett s. 27-28.

¹¹³ *Faber/Lurjer* s. 61: «The abstract system is praised because of the clarity and certainty it creates for third parties.»

¹¹⁴ Jf. *Hagstrøm*, Obligasjonsrett s. 27-28. Denne oppfatningen av *Hagstrøm* forankrer jeg særlig i uttalelsen om at et skille etter rettsvernet er «...særdeles lite egnet som grunnlag for en systematisk inndeling av rettsstoffet», sammenholdt med at fremstillingen ellers drøfter om det materielt sett er mulig å skille mellom tinglige og obligatoriske rettigheter. For dansk rett kan det vises til *Mortensen* s. 25, som uttaler at «sontringen mellom obligations- og tingsret er næppe længere nødvendig eller hensigtsmæssig, idet den grundlæggende bygger på den forladte og uanvendelige sontring mellem tinglige og obligatoriske rettigheder».

ii) Hva rettsreglene går ut på, herunder strukturer og prinsipper i rettskildematerialet

Spørsmål i) beror på hensiktsmessighets- og pedagogiske hensyn, spørsmål ii) beror på en analyse av rettskildene etter alminnelig juridisk metode. Ved behandlingen av oppgavens tema må derfor ikke disse spørsmålene blandes sammen. En fremstillingsteknisk systematikk kan være mer eller mindre hensiktsmessig, men aldri «riktig» eller «gal».¹¹⁵ Om det på visse felter er rettslig grunnlag for å sonde mellom tinglige og obligatoriske rettigheter er ikke et hensiktsmessighetsspørsmål. Det er et spørsmål av hva rettskildene på vedkommende område gir anvisning på.

Det foregående viser at sondringen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter ikke dreier seg om hva som abstrakt eller filosofisk er rasjonelt contra irrasjonelt. Eldre norsk rett, sammenholdt med det komparative materialet, viser at sondringen heller er et spørsmål om institusjonelle faktorer som lovbøker, sedvane og annet rettskildegrunnlag. Norske formuerettslige fremstillinger har i alt for stor utstrekning – og helt ukritisk – lagt til grunn Ross sin kritikk mot sondringen. Da overser man ett av Ross viktigste poenger, nemlig at rettsfilosofien ikke uten videre er overførbar på rettsdogmatikken.¹¹⁶ Rettsdogmatisk er det rettskildene som avgjør hvordan en skal resonnerer. At det rettsrealistisk sett ikke kan eksistere bånd mellom personer og ting, ut fra en ide om slike rettsforhold ikke er empirisk bevisbare, er etter mitt skjønn underordnet i et rettsdogmatisk perspektiv. Hvis rettskildene forutsetter et skille mellom rettigheter i ting og krav mot personer, er det eneste rette å resonneres ut fra det.¹¹⁷

¹¹⁵ Jf. Ross 1953 s. 245.

¹¹⁶ Jf. Forordet i Virkelighed og Gyldighed, s. 1, gjengitt overfor i note 3.

¹¹⁷ Slik også *Fleischer*, JV 1978 s. 243.

4 Obligatoriske kravs erstatningsrettslige vern.

4.1 Problemstilling

Der en tredjeperson¹¹⁸ volder skade på debtors person eller ytelse, oppstår spørsmålet om tap som påføres kreditor kan kreves erstattet av tredjemann. I eldre norsk rett ble dette spørsmålet stort sett besvart benektende under henvisning til at kreditor kun hadde en obligatorisk rett. Premisset for denne læren var den romerrettslige maksime om at kontrakten kun skaper rett og plikt for dens parter – prinsippet om kontraktens relativitet.

Det har aldri vært omtvistet at tinglige rettigheter har erstatningsrettslig vern.¹¹⁹ I erstatningsretten reduseres derfor sontringen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter til et spørsmål om kreditors erstatningsvern overfor andre enn debitor. Den erstatningsrettslige doktrine om dette spørsmålet kan kort sammenfattes slik: Sontringen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter var noe en bygde på tidligere. I dag er denne læren forlatt. Tredjemann kan for det første bli ansvarlig overfor kreditor dersom tredjemann «utilbørlig» medvirker til debtors kontraktsbrudd. Denne regelen behandles primært i obligasjonsrettslige fremstillinger. For det andre kan tredjemann bli ansvarlig overfor kreditor dersom kreditor har en «konkret og nærliggende interesse» i skaden på debtors person eller ytelse. Dette vurderingstemaet ble første gang oppstilt i Rt. 1955 s. 872 Kabeldommen og behandles i erstatningsrettslige fremstillinger.

Selv om sontringen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter er forlatt, er det ingen tvil om at kontraktsrettigheter erstatningsrettslig står svakere enn rettsgoder som liv, legeme og fysisk eiendom.¹²⁰ Høyesterett har sagt at det skal «mye til» før kontraktsposisjoner har vern overfor tredjemenn.¹²¹ Dermed oppstår spørsmålet om hva som er forlatt. For oppgavens tema er det spesielt interessant å undersøke hva som ligger bak reglene som åpner for å gi kreditor

¹¹⁸ «Tredjeperson» brukes her som betegnelse på skadevolder C som står utenfor kontraktsforholdet mellom A og B.

¹¹⁹ Jf. Eksempelvis *Øvergaard*, s. 374. Se også *Monsen*, JV 2010 s. 6-7.

¹²⁰ Jf. *Hjelmeng* iTfE 2007 s. 169 flg.

¹²¹ Rt. 2010 s. 24

erstatningsvern overfor tredjemenn. Er det kun metoden og begrepsbruken som er forlatt, eller dreier det seg om større, dyptgripende materiellrettslige endringer? Jeg skal sammenligne sontringen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter med de overfor skisserte regler om «konkret og nærliggende interesse» og medvirkning til kontraktsbrudd. For å gi sontringen substans, samt skissere et sammenligningsgrunnlag, skal jeg først undersøke hvordan spørsmålet løses i bl.a. tysk og engelsk rett.

4.2 Komparative utgangspunkter

I *tysk* rett har relativitetsprinsippet ført til et skarpt skille mellom erstatning i og utenfor kontrakt. Deliktsansvaret omfatter som hovedregel bare skade på liv, helse, frihet, eiendom og begrensede rettigheter («absolutte» rettigheter).¹²² Kontraktsansvaret omfatter rene formuesskader, herunder skade på kontraktsposisjoner («relative» rettigheter).¹²³

Skillet mellom «absolutte» og «relative» rettigheter innebærer at erstatning for skade på kontrakt i prinsippet *må* ha hjemmel i kontrakt. Kreditor vil derfor som hovedregel stå uten erstatningsvern overfor andre enn debitor. Tysk rett har likevel utviklet kontraktsrettslige løsninger på spørsmål som i andre land løses etter deliktsreglene. Tyske domstoler har f.eks. en lav terskel for å etablere «kvasikontrakter» mellom skadevolder og skadelidte i tilfeller som norsk rett rubriserer som delikter.

Et eksempel på «kvasikontraktene» er der en person i profesjonell sammenheng, f.eks. en advokat, gir informasjon på vegne av klienten til f.eks. en bank. En ser det slik at dersom mottakeren har en berettiget forventning om korrekt informasjon, har advokaten påtatt seg en kontraktsrettslig forpliktelse til å gi korrekt informasjon. Det gjelder selv om informasjonsmottakerens identitet er ukjent. Er informasjonen feil, foreligger det et kontraktsbrudd.¹²⁴

De tyske kvasi-kontraktene har en parallell i *engelsk* rett som bør nevnes her. Mens kontinental deliktsrett i stor grad er kodifisert og enhetlig, er engelsk erstatningsrett kasuistisk bygget opp rundt ulike «torts». Den såkalte «tort of negligence» er nært beslektet med det

¹²²Denne “listen” over absolute rettigheter nedfelles i BGB § 823.

¹²³Se *Markesinis/Unberath* s. 69.

¹²⁴Eksempelet er hentet fra *von Bar* 1994 s. 98.

norske culpaansvaret, noe som betyr at det dreier seg om et skyldansvar med et ganske bredt nedslagsfelt.¹²⁵ Det er et grunnvilkår for ansvar at skadevolder har en «duty of care» overfor skadelidte. Lenge var hovedregelen i engelske domstoler at «duty of care» ikke kunne etableres dersom skadehandlingen rammet en kontrakt, dvs. et rent formuestap. Dette henger igjen sammen med at engelske domstoler praktiserer et strengt relativitetsprinsipp, såkalt «privity of contract». House of Lords har formulert relativitetsprinsippet slik:¹²⁶

«in the law of England certain principles are fundamental. One is that only a person who is party to a contract can sue on it.»

Privity-regelen medførte at engelske domstoler utviklet *deliktsrettslige* løsninger på det som i andre land rubriseres som kontraktsrettslige spørsmål. En av disse «omgåelsene» av privity-regelen er doktrinen om et «special relationship» mellom A og C.¹²⁷ Ved skade på kontraktsposisjoner innebærer regelen at det for tredjemann kan etableres en særlig sterk aktsomhetsplikt overfor kreditor, slik at tredjemann ved brudd på plikten blir ansvarlig for kreditors skade. Hvorvidt det kan etableres et «special relationship» beror på en bred vurdering av en rekke momenter, herunder kontakten mellom partene, berettigede forventninger, tredjemanns mulighet for å forutse skaden, rimelighet mv.. I realiteten er «special relationship» det samme som «kvasikontraktene» i tysk rett, bare med motsatt (deliktsrettslig) fortegn.¹²⁸

De tyske deliktsreglene har enkelte unntak fra hovedregelen om at bare absolutte rettigheter har erstatningsvern. For skade på kontraktsposisjoner er det særlig BGB § 826 som har praktisk betydning.¹²⁹ Bestemmelsen lyder slik:

¹²⁵ Jf. Tørum, Direktekrav s. 98.

¹²⁶ *Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd. V. Selfridge and Co Ltd. [1915] s. 853*

¹²⁷ Prejudikatet er *Hedley Byrne v. Heller [1964] AC 465*.

¹²⁸ I *Hedley Byrne v. Heller* ble det uttalt at et «special relationship» måtte være «equivalent to contract».

¹²⁹ Jf. van Gerven s. 276.

«Wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatz des Schadens verpflichtet.»

Ordlyden oppstiller to kumulative vilkår. Subjektivt kreves det at skaden er voldt «vorsätzlich» noe som best kan oversettes med det norsk «forsett». I litteraturen presiseres det at vilkåret omfatter både viljesforsett og dolus eventualis.¹³⁰ Bestemmelsen synes i praksis også å omfatte grov uaktsomhet.¹³¹

Objektivt krever § 826 at handlingen er «i strid med god skikk»(*sittenwidrig*). Vilkåret gir anvisning på en moralsk vurdering av hva som til enhver tid bør være tillatt i forretningsforhold.¹³² Fra et norsk ståsted kan vilkåret sammenlignes med utilbørlighetskriteriet i dekningsloven § 5-9 eller «god forretningsskikk»-standarden i markedsføringsloven § 1.

Det som gjør BGB § 826 interessant for oppgavens tema, er at begrunnelsen for regelen henger nært sammen med relativitetsgrunnsetningen. Det kommer særlig til uttrykk i kommentarene til DCFR. DCFR VI art. 2:211 har en deliktsregel som minner om BGB § 826.¹³³ Forskjellen er at skadehandlingen i art. 2:211 er medvirkning til kontraktsforhold, mens BGB § 826 gjelder skadegjørende handlinger generelt. Art. 2:211 krever forsett og at skadevolder ikke handlet med legitim grunn til å beskytte sine egne interesser. I kommentarene heter det at:¹³⁴

«These provisions give expression to the general (and essentially self-evident) rule that “relative” rights can in principle only be infringed by persons who owe a corresponding obligation to the holder of the right to render the relevant performance. Where this is not so, the right would cease to be “relative” in character. However, if a

¹³⁰ *Loc.cit.*

¹³¹ Jf. *van Gerven* s. 277: «in practice «lesser» forms of willfulness such as recklessness may very well cover gross negligence cases”. Se også von Bar, *op.cit.* s. 103(tyske domstoler vil “go to great lengths in order to expand its “intentional torts so as to include elements of negligence”).

¹³² Jf. *van Gerven* s. 277

¹³³ Bestemmelsen lyder: «Whitout prejudice to the other provisions of this Section, loss caused to a person as a result of anothers inducement of the non-performance of an obligation by a third person is legally relevant damage only if: a) the obligation was owed to the person sustaining the loss; and b) the person inducing the non-performance: i) intended the third person to fail to perform the obligation; and ii) did not act in legitimate protection of the inducing persons own interest.”

¹³⁴ DCFR full edition s. 3380.

person is intentionally induced not to perform contractual or other obligation to a third party who thereby suffers loss may claim reparation from the person inducing the non-performance”.

Sitatet kan forstås slik at kontrakten får tingsrettslige virkninger i den utstrekning tredjemann har kunnskap om kontrakten. Dette kommer mer eksplisitt til uttrykk i følgende uttalelse i kommentarene til DCFR:¹³⁵

«As a general rule, it is against public policy and therefore prohibited to intentionally prevail on another not to perform obligations under a contract with a third party; only in such circumstances will a tort action which can be enforced *erga omnes* flow from a right under a contract.”

Medvirkningsansvaret som tingsrettslig regel har en parallell i de *amerikanske* reglene om medvirkning til kontraktsbrudd. På samme måte som engelsk rett er amerikansk erstatningsrett kasuistisk bygget opp rundt ulike torts. Torten «interference with contractual relations» krever at skadevolder «intentionally and improperly» griper inn i et bestående kontraktsforhold dersom han skal bli ansvarlig.¹³⁶ Regelen hviler på en oppfatning av kontrakten som en eiendomsrett. I prejudikatet *Lumley v. Gye* ble det uttalt at:¹³⁷

«It seems to us that where a party has entered into a contract with another to do or not to do a particular act or acts, he has as clear a right to its performance as he has to his property, either real or personal; and that knowingly to induce the other party to violate it is as distinct a wrong as it is to injure or destroy his property.”

Endelig nevnes at også engelsk rett har en egen «tort» om medvirkning til kontraktsbrudd, parallell til det amerikanske medvirkningsansvaret og BGB § 826. Regelen er uttrykt slik at «knowingly to procure or, ..., to induce a third party to break his contract to the damage of the other contracting party without reasonable justification or excuse is a tort».¹³⁸

¹³⁵ *Op.cit.* s. 3180.

¹³⁶ *Jf. Prosser/Keeton* s. 978

¹³⁷ [1853] 118 ER s. 749.

¹³⁸ *Jf. Clerk/Lindsell/Dias* s. 791.

Fra dette materialet kan det utledes noen overordnede momenter til bruk for den videre drøftelse:

Sondringen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter bygger på et utgangspunkt om at erstatning for skade på kontrakt må ha hjemmel i kontrakt. Bakgrunnen for dette synes å være to-delt. For det første begrenser sontringen kretsen av potensielle skadelidte.¹³⁹ Relativitetsprinsippet er derfor omtalt som en forløper til den mer moderne «flodbølgebegrensningen»:¹⁴⁰ En enkelt skadevoldende handling kan medføre en ruinerende flodbølge av krav. Et eksempel er der tredjemann skader strømleverandørens kabel med følgeskader for strømkunder i et helt distrikt. Dernest kan relativitetsprinsippet ses i lys av en kontraktsrettsrettslig risikobetraktning. Dersom kreditor er avskåret fra å kreve kontraktserstatning, er det normalt en kontraktsfestet forutsetning om at dette er kreditors risiko, typisk ansvarsfraskrivelsene. Et deliktskrav mot tredjemenn vil innebære en omgåelse av kontraktens risikofordeling, og for kreditor vil det være temmelig tilfeldig om skaden skyldes tredjemann eller debitor selv.

Det siste argumentet går begge veier ettersom det for tredjemann vil være tilfeldig om den skadevoldende handling rammer en kontrakt eller tingsrettighet. Slik sett er det kanskje *kombinasjonen* av flodvølgebegrensningen og risikobetraktningen som leder til at kontrakter som hovedregel ikke har deliktsrettslig vern.

Selv om relativitetsprinsippet er det formelle utgangspunktet i både tysk og engelsk rett, har begge rettssystemer utviklet rettsregler for «å komme seg rundt» relativitetsprinsippet. Tysk rett etablerer kvasikontrakter mellom kreditor og skadevolder. I engelsk rett har «special relationship»-doktrinen samme funksjon. Medvirkningsansvaret i amerikansk rett illustrerer noe av det samme ved at domstolene graviterer skadelidtes kontraktsposisjon mot eiendomsretten.

Relativitetsprinsippet er ikke til hinder for at tredjemann blir ansvarlig for forsettlig og utilbørlig medvirkning til kontraktsbrudd. Det komparative materialet viser riktignok variasjoner over skyldkravet. Mens det er tilstrekkelig med grov uaktsomhet i tysk rett, synes

¹³⁹ F.eks. uttrykte den tyske pandektisten *Rudolph Jhering* forferdelse over hvordan det ville bli med den individuelle handlefrihet, dersom man innførte en generell adgang til å kreve erstatning av personer man ikke stod i et kontraktsforhold til. Sitert i *Tørum*, Direktekrav s. 65.

¹⁴⁰ Jf. *Tørum*, Direktekrav s. 65

både amerikansk rett og DCFR å kreve forsett. I samtlige systemer er likevel det bærende argument for ansvar at tredjemann har kunnskap om kontrakten. Det stemmer godt med de prinsipper som ellers gjelder i tingsretten. Reglene om godtroerverv gir nettopp uttrykk for at tredjemann må respektere en kontrakt han har kunnskap om. Motsatt søker reglene å beskytte tredjemenn som ikke har kunnskap om kontrakten, og heller ikke har mulighet til å skaffe seg slik kunnskap, f.eks. ved å undersøke grunnboken. Det må være slike tanker som ligger bak når DCFR fremholder at kontrakter får vern *erga omnes* (overfor «enhver») ved forsettlige og utilbørlige angrep.

Utilbørlighetsstandarden (“sittenwidrig”/”improperly”/”without reasonable justification”) kan kanskje ses som en sikkerhetsventil. Utgangspunktet i rettssystemer med markedskonometri er nettopp fri konkurranse om kontrakter. Samtidig oppstilles det gjerne visse krav om god forretningsskikk mellom konkurrenter, jf. også den norske markedsføringsloven § 1. Med andre ord: Tredjemann står som utgangspunkt fritt til å gripe inn i obligatoriske rettighetsforhold, f. eks. med et bedre tilbud, men domstolene kan skjære igjennom dersom inngripenen er utilbørlig eller i strid med god forretningsskikk.

4.3 Medvirkning til kontraktsbrudd i norsk rett

Det hevdes gjerne med bred penn at det romanistiske synet på obligasjoner helt avskjærer kreditor fra å kreve erstatning av tredjemenn.¹⁴¹ Som vist i bl.a. BGB § 826 og DCFR er reglene om tredjemanns medvirkning til debtors kontraktsbrudd en viktig modifikasjon i prinsippet om kontraktens relativitet. En kontrakt har «tinglig» vern (*erga omnes*) i den utstrekning tredjemann forsettlig og utilbørlig medvirker til debtors kontraktsbrudd. I det følgende skal jeg derfor se nærmere på reglene om medvirkning til kontraktsbrudd i norsk rett.

I juridisk teori har det lenge vært antatt at det inntreffer ansvar for tredjemenn som utilbørlig medvirker til debtors kontraktsbrudd¹⁴² – også hos forfattere som forfekter et skille mellom

¹⁴¹ Se f.eks. Augdahl, Obligasjonsrett (5. utg.) s. 407-408 og Hagstrøm i Festskrift Nygaard s. 101.

¹⁴² Hagstrøm *op.cit.* s. 105 med videre henvisninger.

tinglige og obligatoriske rettigheter.¹⁴³ Videre synes enkelte dommer å støtte et prinsipp om utilbørlig medvirkning til kontraktsbrudd.

Se Rt. 1957 s. 426 hvor en losorganisasjon som stod bak en ulovlig losstreik ble pålagt ansvar overfor et rederi. Høyesterett la til grunn at når «da forhandlingsutvalget[organisasjonen] har satt streiken i gang og på den måten har *medvirket til at losene har brutt sine plikter*» (uthevet her), måtte losorganisasjonen bli erstatningsansvarlig overfor rederiet. Se også Rt. 1997 s. 1322 omtalt nedenfor.

Hva som ligger i «utilbørlig» tilskyndelse eller medvirkning må undersøkes nærmere.

Hagstrøm skriver at:¹⁴⁴

«Forutsetningen for et medvirkningsansvar er at det er utvist utilbørlig forhold (....)

Dersom tredjemann opptrer som rådgiver, eksempelvis som advokat, for en kontraktspart og griper feil når han gir råd f.eks. om å heve en kontrakt, vil tredjemann ikke ha ansvar overfor klientens medkontrahent. Dette må gjelde selv om han har utvist uaktsomhet.»

Jeg oppfatter *Hagstrøm* slik at det kreves grovere former for uaktsomhet enn alminnelig culpa. Slik synes utlegningen av medvirkningsansvaret å forutsette både en utilbørlig handlemåte og kunnskap om kontrakten. Det er for så vidt logisk med en viss vekselvirkning mellom utilbørlighetsstandard og skadevolders skyldgrad. En kan f.eks. vanskelig stemple en konkurransehandling som «utilbørlig» inngripen i et kontraktsforhold dersom tredjemann er helt uvitende om kontrakten.¹⁴⁵

Spørsmålet om tredjemanns ansvar for medvirkning til kontraktsbrudd er behandlet av Høyesterett i Rt. 1997 s. 1322. Saken gjaldt spørsmål om en advokat var erstatningsansvarlig overfor sin klients ektefelle etter et rettsforlik. Forliket innebar at klienten forpliktet seg overfor ektefellen til at ektefellen kom seg gjeldfri ut av skilsmissekifte mellom dem. Klienten oppfylte ikke forpliktelsene etter forliket, og hans livsførsel med alkohol- og stoffmisbruk førte etter hvert til at han ble ute av stand til å gjøre opp for seg. Det hører med til historien at klienten hadde arvet en større formue. Advokaten var med på å utforme forliket og hadde hatt et omfattende oppdrag for å rydde opp i klients økonomiske forhold.

¹⁴³ Øvergaard, Erstatningsrett kap. 5.2

¹⁴⁴ *Hagstrøm, Op.cit.* s. 106.

¹⁴⁵ Sml. *Thorson*, Formuestap s. 260-261.

Lagmannsretten la til grunn at advokaten i realiteten hadde en stilling som formuesforvalter for klienten med fullmakt og særlig ansvar overfor ektefellen for at rettsforliket ble oppfylt. I følge lagmannsretten var det «uaktsomt av [advokaten] ikke å gripe inn ved formuesforvaltningen, slik at forpliktelsene vis a vis [ektefellen] kunne oppfylles». Dette var ikke Høyesterett enig i:

«Riktignok var [advokaten] hele tiden [klientens] rådgiver, og han varetok en rekke enkeltsaker for [klienten]. Men [advokaten] fattet ... ingen beslutninger i [klientens] navn ... og var ved hver transaksjon avhengig av [klientens] samtykke».

Høyesterett mente også det var

«... å strekke kravet til aktsomhet for langt hvis det i et tilfelle som dette skulle gi en advokat som har fått et opprydningsoppdrag kompetanse til å begrense klientens rådighet over betrodde midler av hensyn til en motpart eller annen tredjemann som klienten har en forpliktelse overfor. Og en fullmakt for advokaten kan åpenbart ikke bygges på aktsomhetsplikten.»

For Høyesterett hadde ektefellen som alternativt ansvarsgrunnlag anført at advokaten var uaktsom som advokat og rådgiver for klienten, at dette førte til tap av midler slik at han ble ute av stand til å oppfylle rettsforliket, og at dette var uaktsom skadeforvoldelse også overfor ektefellen. Heller ikke dette var Høyesterett enig i:

«Jeg går ikke inn på om [advokaten] kan ha handlet uaktsomt overfor [klienten] i forbindelse med disse transaksjonene. For at hans rådgivning og bistand skulle anses erstatningsbetingende overfor [klienten], måtte [advokatens] forhold fremstå som klanderverdig og utilbørlig i forhold til henne. Jeg kan uansett ikke finne grunnlag for å karakterisere [advokatens] forhold slik ...»

Dommen sonderer mellom relasjonen advokat-klient og advokat-klientens kontraktspart. Overfor klienten har advokaten et strengt profesjonsansvar. Dette var verken overførbart eller nødvendig å ta stilling til i relasjonen advokat – klientens kontraktspart. Ansvar overfor klientens kontraktspart var betinget av at advokaten enten:

- 1) hadde en selvstendig rolle som forvalter for klienten med plikt til å oppfylle overfor klientens avtalepart

eller

2) handlet kvalifisert klanderverdig «i forhold til henne».

Medvirkningsansvaret kan etter dette formuleres som en hovedregel med unntak.

Utgangspunktet i Rt. 1997 s. 1322 var at advokaten ikke var part i avtalen mellom klient og ektefelle og dermed ikke ansvarlig overfor ektefellen. Ansvar overfor klientens avtalepart måtte enten hjemles i kvasikontrakt («formuesforvalter og særlig ansvar overfor A») eller «klanderverdig og utilbørlig opptreden» overfor henne.

Mye tyder på at vilkårene for medvirkningsansvar etter dette ligger tett opp til reglene i tysk og engelsk rett. Det kreves a) kunnskap om kontrakten og b) overtredelse av en objektiv utilbørlighetsstandard. I Rt. 1997 s. 1322 var det ingen tvil om at advokaten hadde kunnskap om Bs forpliktelse overfor A, jf. vilkår a). Det tvilsomme spørsmålet var om han handlet utilbørlig ved ikke å gripe inn formuesforvaltningen slik at B oppfylte forpliktelsene i rettsforliket, jf. vilkår b). Her kom Høyesterett til at klientforholdet og taushetsplikten satte grenser for advokatens plikter overfor klientens avtalepart.

Reglene om medvirkning til kontraktsbrudd har en parallell i de begrensninger som gjelder for *opplåning av panteretter*. I norsk rett var regelen lenge den at foranstående panthaver stod fritt til å dekke nye lån under pantet, uten hensyn til pantsetters forpliktelser overfor sekundærpanthavere.¹⁴⁶ Omslaget kom med Rt. 1994 s. 775 Yousuf-dommen. Yousuf hadde tatt opp lån i Kredittkassen med sikkerhet i leiligheten sin. Sikkerheten skulle i følge pantsettelseserklæringen dekke alle Yosufs nåværende og mellomværende forpliktelser overfor Kredittkassen. Han opptok så et lån i Tromsø Sparebank med pant i leiligheten på 2. prioritet. I avtalen med Tromsø Sparebank forpliktet Yousuf seg ikke å øke gjelden under panteretten til Kredittkassen. Tromsø Sparebank ga Kredittkassen melding om avtalen med Yousuf, men denne meldingen ble aldri bekreftet av Kredittkassen. Senere ga Kredittkassen Yousuf ny kreditt som ble sikret under panteretten. Det ble tvist mellom bankene om hvorvidt dekning av denne kreditten kunne skje i medhold av Kredittkassens pant på 1. prioritet. Ett av spørsmålene i saken var om utvidelsen av Kredittkassens bedre prioriterte pantesikrede krav, gjort vitende om at Yousuf hadde forpliktet seg overfor Tromsø Sparebank til ikke å pådra seg

¹⁴⁶ Rettsoppfatningen ble forankret i Rt. 1909 og Rt. 1910 s. 177.

ytterligere gjeld under den bedre prioriterte panteretten, kunne stå seg. Om dette sa Høyesterett:

«Dersom den foranstående panthaver ikke har en bestemt interesse i å utvide sitt engasjement under pantet, vil det være i strid med det lojalitetsprinsipp som må gjelde mellom konkurrerende rettighetshavere om han skal kunne gjøre dette til fortrenghet for den prioritert den etterstående panthaver er tilsagt»

Høyesterett fant det også bevist at Kredittkassen hadde «fått tilstrekkelig klar beskjed om Sparebankens avtale med Yosuf». I den sammenheng uttalte Høyesterett at foranstående panthaver ikke kunne pålegges noen undersøkelsesplikt, og at det ikke gjaldt noe tilsvarende aktsomhetskrav som etter tinglysningsloven § 21 annet ledd.

Yosuf-dommen gjaldt spørsmål om begrensninger i foranstående pantahavers adgang til å låne opp panteretten til fortrenghet for etterstående panthavere. Det var dermed tale om en annen rettsvirkning enn erstatningsansvar. Etter mitt syn er det likevel treffende å se *begrunnelsen* for å begrense opplåning som et spørsmål om medvirkning til kontraktsbrudd.¹⁴⁷ Yousuf hadde *forpliktet* seg overfor Tromsø Sparebank til ikke å øke gjelden under panteretten til Kredittkassen. Denne forpliktelsen hadde Kredittkassen *kunnskap* om. Kredittkassen kunne derfor ikke medvirke til Yousufs kontraktsbrudd med mindre banken hadde en *bestemt interesse* i å utvide sitt engasjement under pantet. Høyesteretts reservasjon mot «bestemt interesse» er identisk med bl.a. det engelske medvirkningsansvaret («without reasonable justification»).

Det kan reises innvendinger mot å se begrensningene i opplåningsadgangen som et spørsmål om medvirkning til kontraktsbrudd. I obligasjonsrettslig litteratur kreves det at tredjemann *tilskynder* eller *forleder* debitor til å misligholde.¹⁴⁸ Det er unaturlig å si at Kredittkassen *tilskyndet* Yousuf til å misligholde avtalen med Tromsø Sparebank. Kredittkassen hadde en mer passiv rolle. På den annen side er forskjellen mellom aktiv tilskyndelse og kredittgivning under en bestående panterett temmelig subtil. I lys av den almenne språklige utviklingen bør en være varsom med å trekke for raske slutninger fra gammellmodige uttrykk som «tilskynde». Se også Rt. 1997 s. 1322 hvor Høyesterett bruker «tilskyndet», «medvirket», «ved aktiv handling» eller «unnlattelse» om hverandre.

¹⁴⁷ I samme retning Marthinussen s. 268-269

¹⁴⁸ Jf. Augdahl Obligasjonsrett (5. Utgave) s. 408.

Reglene om *subjektiv omstøtelse* bør også nevnes i denne sammenheng. Det formuerettslige utgangspunktet er at kreditorene konkurrerer om oppfyllelse. En kreditor kan sette debitor i bunnløs gjeld, men det er ikke uten videre ansvarsbetingende overfor eldre fordringshavere. Grunnvilkåret for ansvar er at disposisjonen er «utilbørlig» overfor kreditorfelleskapet, jf. dekl. § 5-9. I tillegg er det et grunnvilkår at medkontrahtenten «kjente eller burde kjent til skyldnerens økonomiske stilling og de forhold som gjorde disposisjonen utilbørlig», jf. dekl. 5-9.

Strukturen i dekl. § 5-9 har noen likhetstrekk med vilkårene for medvirkning til kontraktsbrudd. Begge regelsett opererer med en objektiv utilbørlighetsstandard og en subjektiv rekvisitt. Forskjellen er at mens f.eks. BGB § 826 krever forsett, er det etter dekl. § 5-9 tilstrekkelig med simpel uaktsomhet.

Forløperen til dekl. § 5-9 var det romerrettslige prinsippet om Actio Pauliana, lansert av Bernhard Getz i Rt. 1878 s. 629. Domstolene fulgte opp, og regelen ble praktisert på ulovfestet grunnlag frem til vedtakelsen av dekningsloven. Opprinnelig rammet Actio Pauliana «svigagtige retshandler» og krevde forsett både hos medkontrahtenten og debitor.¹⁴⁹

Det fremgår av forarbeidene til dekningsloven at utilbørlighetskriteriet gjør det nødvendig «for domstolene å trekke opp stadig nye grenser for hva som er tillatt og hva som ikke er tillatt i kredittforhold, alt ettersom forretningsmetodene og synet på forretningsmoralen utvikler seg.»¹⁵⁰ Det til enhver tid rådende syn på forretningsmoral er også et sentralt stikkord for utilbørlighetstandarden i BGB § 826.¹⁵¹ For begge regler synes standarden å fungere som en slags sikkerhetsventil. I tysk litteratur er det f.eks. fremhevet at «economic competition often means that the economic ruin of one person is the price of success for the competitor.»¹⁵² Sammenlign det med følgende uttalelse i Rt. 1933 s. 1265 (Ringen):

“Høiesterett er enig med overretten i at en fordringshaver I almindelighet kan rettsgyldig motta betaling av forfallen gjeld, uansett om han vet at skyldneren derved forfordeler sine kreditorer, da man ingen plikt har til at undlate at forfølge sin rett, fordi medkontrahtenten er blitt insolvent»

¹⁴⁹ NOU 1972:20 s. 297-298.

¹⁵⁰ NOU 1972:20 s. 297

¹⁵¹ Sml. Markesinis/Unberath s. 889: «... the determination of the element of unlawfulness is left to the judge to decide by reference to the flexible notion of *boni mores*.”

¹⁵² *Loc.cit.*

Sitatet fra Ringen-dommen går vel langt idet det ikke gjøres reservasjoner for betaling lang tid etter forfall.¹⁵³Utgangspunktet ligger likevel fast: Debitors forpliktelser overfor de øvrige kreditorer legger ikke uten videre begrensninger på debitors forpliktelse overfor medkontrahenten. Det illustreres bl.a. ved at As disposisjon må være utilbørlig «i forhold til kreditorene», som det heter i forarbeidene.¹⁵⁴ I Ringen-dommen ble den omstridte betaling omstøtt fordi betalingsmottaker (en bank) hadde «paavirket» og «positivt tilskyndet» betaler til å forfordele sine kreditorer. Selv om dekl. § 5-9 tradisjonelt ikke rubriseres som en medvirkningsregel, viser dette et visst slektskap mellom bestemmelsen og prinsippene for medvirkning til kontraktsbrudd.

Det foregående gir muligens et riss av et *alminnelig kontraktsrettslig medvirkningsansvar* i norsk rett. Hvorvidt medvirkningsansvaret er et utslag av sontringen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter avhenger av perspektiv. I norsk litteratur er medvirkningsansvaret brukt som argument *mot* sontringen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter, fordi bestemmelsen viser at obligatoriske rettigheter tross alt har et visst vern.¹⁵⁵ I utenlandsk rett ses medvirkningsansvaret som et uttrykk *for* samme sontring, fordi skadevolders kunnskap om kontrakten gir kontrakten et tingsrettslig vern. Spørsmålet om sontringen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter er forlatt i norsk erstatningsrett, reduseres her til et spørsmål om begrepsbruk og systematikk.

4.4 «konkret og nærliggende interesse»

4.4.1 Utgangspunkter

¹⁵³ Jf. *Falkanger* JV 1998 s. 122-123.

¹⁵⁴ NOU 1972:20 s. 297-298

¹⁵⁵ Se f.eks. *Brækhus*, 1970 s. 129-130, og *Hagstrøm* i *Festskrift Nygaard*, s. 103-104.

I litteraturen synes medvirkningsansvaret forbeholdt situasjoner hvor tredjemann aktivt bidrar til debtors kontraktsbrudd.¹⁵⁶ Til en annen kategori hører de tilfeller kreditor rammes som en refleks av skade på debtors person eller ytelse. Det kan være arbeidstakeren som blir sykemeldt etter en bilulykke, eller skade på strømkabler som igjen leder til strømstans i en fabrikk. For denne kategorien av følgeskader er «konkret og nærliggende interesse» oppfattet som det ledende kriterium for obligatoriske kravts erstatningsrettslige vern. For eksempel uttaler Askeland at:¹⁵⁷

«Vårt generelle problem er hvor langt slike tredjemenn kan kreve erstatning. Tidligere ble dette spørsmålet avgjort ut fra en sonndring mellom tinglige og obligatoriske rettigheter. Kabel-dommen bidro imidlertid sterkt til at denne læren ble forlatt. Kriteriet «konkret og nærliggende interesse» gir nå viktig veiledning for spørsmålet om tredjemann skal ha erstatning.»

Kriteriet «konkret og nærliggende interesse» gir anvisning på en skjønnsmessig helhetsvurdering med vekt på flere momenter. På den måten er skillet mellom tingsrettigheter og kontrakt forlatt til fordel for en konkret interesseavveining mellom tredjemann og kreditor. «Interesse» står her som motsetning til «rettighet». I den skandinaviske tradisjonen er det nemlig viktig å understreke at rettighetskategorier ikke kan danne grunnlaget for løsningen av rettsspørsmål – også i internasjonale fora. Illustrerende er arbeidet med DCFR som i stor utstrekning bygger deliktsreglene på et skille mellom «absolutte» og «relative» rettigheter.¹⁵⁸ Dette møtte motstand fra de skandinaviske representantene som deltok i arbeidet. Begrunnelsen var at «these types of dogmatic categories are incompatible with scandinavian legal realism.»¹⁵⁹

Det er mange ting å si om slike utsagn, men spesielt informativt eller konstruktivt for internasjonal vitenskapelig dialog er det ikke. I relasjon til oppgavens tema kan det være hensiktsmessig å se vekk fra forskjellene i begrepsbruk og metode, og heller se på argumentene som ligger bak reglene. Det er høyesterettspraksis som legger føringer for hvordan normen «konkret og nærliggende interesse» skal praktiseres og forstås. Jeg skal

¹⁵⁶ Hagstrøm, Angrep på kontraktsforhold s. 103-104.

¹⁵⁷ Askeland JV 2001 s. 304.

¹⁵⁸ DCFR bok VI kap. 2.

¹⁵⁹ DCFR full edition s. 3175.

derfor se nærmere på hvilke argumenter som inngår i interesseavveiningen, og sammenligne det med argumentene som ligger til grunn for sontringen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter.

4.4.2 Rt. 1955 s. 872 Kabeldommen

Før Kabel-dommen hadde sontringen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter lenge vært rådende som erstatningsrettslig avgrensningskriterium. En kursendring kom tilsynelatende med Rt. 1939 s. 45 Telegrafarbeiderdommen. Bakgrunnen var at en arbeidsgiver måtte utbetale sykkelønn til en ansatt skadet i en bilulykke. Krav om refusjon ble rettet mot skadevolder og førte frem til tross for at det var av «obligatorisk» art.¹⁶⁰

I Rt. 1940 s. 424 Drosjedommen fikk en drosjesjåfør derimot ikke erstattet inntektstap etter skade på drosjebilen. Førstvoterende, som representerte flertallet, uttalte at «sjåføren ... står – når han ikke er medeier i bilen - alene i kontraktsmessig forhold til bilens eier, men ikke i noe sådant forhold til bilen at han på det kan bygge noe selvstendig erstatningskrav. Den hvis rett er krenket er drosjeeieren ...». ¹⁶¹ Dommen ble kritisert i teorien. ¹⁶²

På tidspunktet for Kabel-dommen var rettstilstanden dermed ganske uklar. Saksforholdet i dommen var i korte trekk følgende: Under navigasjon i Glomma mistet et skip styringen i elvestrømmen. For å hindre kollisjon ga losen ordre om å kaste anker til tross for at ankring var forbudt på den aktuelle strekningen. Ankeret rev opp en undervanns strømførende kabel som igjen førte til driftsstans ved et mekanisk verksted. Både verkstedet og skiltet med ankring forbudt var godt synlig fra elven.

¹⁶⁰ Dommen kan imidlertid ses under en regressbetraktning, idet arbeidstakeren ville ha krav på erstatning for tap inntekt. Et parallelt saksforhold ble løst med grunnlag i regressreglene i Rt. 1968 s. 48

¹⁶¹ Mindretallet mente derimot at «juridiske konstruksjoner utledet av en teoretisk forskjell mellom tinglige og obligatoriske rettigheter bør ikke kunne hindre at et så rimelig og naturlig krav blir anerkjent».

¹⁶² Se *Augdahl Obligasjonsrett* (1. utg.) s. 499 som karakteriserer flertallets begrunnelse som «komisk».

I avtalen med Verkstedet hadde Elektrisitetsverket fraskrevet seg ansvar for strømbrudd. Tap som følge av strømskade kunne derfor ikke kreves dekket av elektrisitetsverket. Verkstedet rettet da kravet mot rederiet.

Høyesterett la til grunn at ankringen utgjorde en forsettlig nødretts handling. For tingsskaden på kabelen ble det statuert ansvar overfor elektrisitetsverket med hjemmel i dagjeldende straffelovens ikrafttredelseslov § 24. Når det gjaldt eventuelt ansvar overfor verkstedet, tok Høyesterett utgangspunkt i at

«...kabelen var markert med et skilt på verkstedets eiendom, og losen visste at kabelen førte strøm til verkstedet. Han måtte da være klar over at forbudet mot ankring ikke minst måtte være av betydning for verkstedet, og at kabelbruddet kunne føre til driftsstans for verkstedet. Den interesse som ble ofret var derfor ikke bare verkets, men også verkstedets, og jeg kan ikke finne noe holdepunkt for å begrense erstatningen til skaden på kabelen, også driftstapet må telle med i beregningen.»

Ettersom også verkstedet kunne kreve erstatning på nødrettslig grunnlag, var det egentlig unødvendig å ta stilling til rederiets anførsel om at verkstedets rett kun var obligatorisk.

Høyesterett uttalte likevel at

«... heller ikke denne innsigelse [kan] føre frem, og jeg kan også her i alt vesentlig tiltre begrunnelsen i byrettens og lagmannsrettens dom. Etter avtalen med kraftselskapet var verkstedet sikret strømtilførsel gjennom den kabel som ble skadet. Denne konkrete og nærliggende interesse knyttet til kabelen bør da erstattes. Det at verkstedets krav etter strømkontrakten er en obligatorisk fordring får etter min mening her ingen selvstendig betydning.»

Det er ingen tvil om at Høyesterett med denne uttalelsen markerte en kursendring bort fra sondringen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter. Det er likevel to forhold ved dommen som er interessant for oppgavens tema:

Det første er at skaden på verkstedets obligatoriske rettighet ble voldt med forsett. Før Kabeldommen hadde erstatningslitteraturen, etter mønster fra BGB § 826, lagt til grunn at obligatoriske rettigheter hadde vern mot forsettlig angrep.¹⁶³ Lagmannsretten synes å

¹⁶³ Se Øvergaard, Erstatningsretts. 374-380. Øvergaard mente sondringen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter måtte være avgjørende med mindre skadeforvoldelsen var forsettlig overfor tredjemanns interesser(s. 380).

begrunne ansvaret ut fra et lignende resonnement.¹⁶⁴ *Resultatet* i Kabeldommen passer derfor godt med det som følger av reglene om medvirkning til kontraktsbrudd.

Dernest har argumentasjonsmønsteret i Kabeldommen en parallell til rettspraksis om erstatning ved ekspropriasjonsinngrep.¹⁶⁵ Det har forekommet at Høyesterett tilkjenner erstatning for inngrep i allemannsretten. Disse dommene har en begrunnelse som minner om uttalelsene i Kabeldommen.

I den første avgjørelsen, Rt. 1953 s. 1166, var det etablert en «ordning av en slik karakter og fasthet» at den måtte likestilles med en bruksrett. Det ble derfor tilkjent ekspropriasjonserstatning. Vilåret var derimot ikke oppfylt i Rt. 1969 s. 1220 Malangendommen. Saken gjaldt spørsmål om ekspropriasjonserstatning for tapt fiske på sjøen. Høyesterett uttalte:

«For at brukere som ikke støtter sin bruk på en rettighet, skal kunne kreve erstatning for tap som følge av vassdragsregulering, må det så vidt jeg kan forstå, under enhver omstendighet kreves at den bruk som har vært utøvd, er så konsentrert og særpreget at den utad fremtrer på vesentlig samme måte som utøvelsen av en rettighet.»

Rent språklig minner denne uttalelsen om «konkret og nærliggende interesse», men da slik at man likestiller verkstedets krav på strøm med en (tinglig) rettighet. I den alminnelige erstatningsretten er det også i tilknytning til «konkret og nærliggende interesse» vektlagt om rettigheten ligner på en bruksrett. Om dette uttaler Askeland:¹⁶⁶

«Vi skal videre merke oss at kabelen i Kabeldommen permanent og eksklusivt var brukt til å forsyne verkstedet med strøm. Slik fikk verkstedet del i den økonomiske utnyttelsen av kabelen på en måte som kunne sammenlignes med en total bruksrett. I finsk og svensk doktrine har man ved kvalifiseringen av tredjemannsskader lagt vekt på at situasjonen kan ligne en bruksrett. Det kan hevdes at slike elementer

¹⁶⁴ «Etter lagmannsrettens oppfatning foreligger det ... ikke alene en forsettlig skadeforvoldelse overfor kabelens eier, men også en selvstendig forsettlig skadeforvoldelse direkte rettet mot verkstedet som under disse omstendigheter må ha et selvstendig krav på erstatning uten hensyn til hvem som er eier av kabelen» (Rt. 1955 s. 872 på s. 877 flg.)

¹⁶⁵ Parallellen skyldes at også ekspropriasjonsreglene bygget på et skille mellom tinglige og obligatoriske rettigheter. Tradisjonelt har ikke obligatoriske rettigheter hatt ekspropriasjonsrettslig vern, jf. eksempelvis Rt. 1023 s. 208, Rt. 1929 s. 1011 og vel også Rt. 1955 s. 571.

¹⁶⁶ Askeland, *op.cit.* s. 309.

i det rettsfaktum som skal bedømmes kan tale for at det foreligger en «konkret og nærliggende interesse».

Man kan spørre hvorfor det har vekt for vurderingen av «konkret og nærliggende interesse» at den skadelidte kontraktsposisjon ligner på en tinglig bruksrett. Askeland begrunner det i den «økonomiske utnyttelsesinteressen», og at den mest nærliggende utnyttelsesinteressen er eierinteressen.¹⁶⁷ En alternativ forklaring er at det for bruksrettighetene normalt vil være en begrenset krets av skadelidte tredjemenn. Kretsen av skadelidte fordringshavere kan være atskillig videre.¹⁶⁸ Høyesterett er inne på et lignende resonnement i Malangendommen når det «at det dreier seg her om en relativt stor og i noen grad ubestemt krets av personer» brukes som argument mot erstatning. I begge dommer graviteres argumentasjonen over mot tingsretten for å unngå en flodbølge av krav.

4.4.3 Rettspraksis etter Kabeldommen

Spørsmålet om tredjemanns ansvar for skade på kontraktsposisjoner har vært behandlet i flere høyesterettsavgjørelser etter Kabeldommen. Slik Høyesterett bruker kriteriet «konkret og nærliggende interesse» dreier det seg om en merkelapp på en skjønnsmessig normativ vurdering. Normen er likevel såpass sementert i rettspraksis at det kan oppstilles noen generelle momenter. Dette skal dokumenteres, før jeg avslutningsvis sammenligner momentene med sontringen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter.

1. Rt. 1973 s. 1268 Flymanøverdommen gjaldt et jagerfly som kuttet en strømledning som igjen ledet til strømstans i et ørretklekkeri. Spørsmålet var om ørretklekkeren kunne kreve tapet dekket av staten. Høyesterett formulerte vurderingstemaet som et «krav om en viss nærhet i årsakssammenheng, uavhengig av den konkrete påregnelighet.»

¹⁶⁷ Askeland, *op.cit.* s. 309-310

¹⁶⁸ Det er knapt mulig å gi noe belegg for dette, annet enn at de fleste mennesker antakelig inngår flere avtaler enn de stifter bruksrettigheter.

Høyesterett la særlig vekt på to momenter. Det første var at skadevirkninger som følge av kontraktsmessig tilknytning ofte ville ligge utenfor hva skadevolder kunne regne med, og ha et ruinerende omfang. Derneft la Høyesterett vekt på en risikobetraktning. Her var det avgjørende at ørettklekkeren visste at driften var særlig utsatt for strømbuud grunnet behovet for kontinuerlig ferskvannstilførsel. Dessuten hadde elektrisitetsverket fraskrevet seg erstatningsansvar for strømbuud. Han hadde derfor en oppfordring til å treffe faktiske og rettslige tryggingstiltak. Ut fra en helhetsvurdering kom Høyesterett til at ørettklekkeren stod nærmest til å bære risikoen for skaden (4-1).

2. Bakgrunnen for Rt. 2000 s. 1756 Arbeidsgiveravgiftdommen var at en kommune i henhold til tariffavtale måtte utbetale to års full lønn til en ansatt skadet i trafikkulykke. Beløpet ble refundert av skadevolders forsikringsselskap. For det siste årets utbetaling måtte kommunen betale arbeidsgiveravgift. Spørsmålet var om kommunen kunne kreve avgiften erstattet av forsikringsselskapet. Høyesterett var enig med forsikringsselskapet i at «avledet formuestap som hovedregel ikke nyter erstatningsrettslig vern». I den konkrete vurderingen ble det fremholdt at:

«Etter min mening er tapet i denne sak nærmere knyttet til kommunens *avtaleforpliktelse* enn til skadetilfellet. Dette taler for at skaden ikke er erstatningsmessig. *Risikobetraktninger* taler likeledes for at arbeidsgiveren er nærmest til å bære tapet. Han er den som er nærmest til å ha kontroll med omfanget av mulige fremtidige tap som følge av tariffavtalen. At utgifter ut over dem som folketrygden refunderer kan kreves dekket av en skadevolder, må, fra arbeidsgivers ståsted, anses tilfeldig. Min konklusjon blir etter dette at det ikke er *rimelig* at skadevolder skal svare et tap som i første rekke må anses å skyldes en avtale mellom arbeidsgiveren og den ansatte skadelidte.»(uthevet her)

3. Rt. 2004 s. 1816 Skiltmakerdommen gjaldt en skiltmaker som hadde drevet virksomheten gjennom et aksjeselskap hvor han selv var hovedaksjonær og nøkkelmedarbeider. Spørsmålet var hva han kunne få erstattet etter en trafikkulykke. Da han krevde erstatning for tappt inntektsevne, nektet forsikringsselskapet å betale mer enn det han selv hadde tatt ut som lønn fra sitt firma. Det resterende, som han hadde tatt ut som aksjeutbytte, mente forsikringsselskapet var en følge av at aksjeselskapet fikk reduserte inntekter. Han kunne ikke selv kreve dette erstattet som tappt inntekt. Skiltmakeren svarte da med å la aksjeselskapet kreve erstatning for tap som følge av at nøkkelmedarbeideren var blitt skadet.

Forsikringsselskapet anførte, under henvisning til Arbeidsgiveravgift-dommen, at en arbeidsgiver ikke kan kreve erstatning når arbeidstakere blir skadd i trafikkulykker.

Høyesterett tok utgangspunkt i dommene om «konkret og nærliggende interesse», og mente Arbeidsgiveravgift-dommen hadde «størst interesse» for rettsspørsmålet i saken (avsnitt 35). Førstvoterende slutter seg til Arbeidsgiveravgift-dommen under henvisning «til at det samla sett synes å burde vere slik at ein risiko av denne art bør leggjast på ein arbeidsgivar». Følgelig kunne ikke avtalen mellom arbeidsgiver og arbeidstaker under videre gjøres gjeldende mot tredjemann.

Det spesielle med Skiltmaker-dommen var at arbeidstakeren var hovedaksjonær i selskapet (arbeidsgiveren). Formelt sett var primær- og sekundærskadelidte forskjellige personer, reelt sett rammet tapet samme person. Om dette sa førstvoterende:

«Spørsmålet er om det bør leggjast avgjerande vekt på at delar av tapet rammar eit aksjeselskap, også i eit tilfelle der det er nær tilknytning mellom ein skadeliden arbeidstakar og – som i vårt tilfelle – eit aksjeselskap som arbeidsgivar. Også sett frå denne vinkelen er aksjeselskapet ein realitet, og det har konsekvensar ikkje minst med omsyn til skatt og ansvar. Eg går ikkje inn på kva avtalar det kan vere tale om mellom ein lønsmottakar/aksjeeigar og eit aksjeselskap, men peikar på at lovgivinga – også aksjelovgivinga – set grenser.»

Kravet førte ikke frem (3-2).

4. Siste avgjørelse i denne materien er Rt. 2010 s. 24 Hanekleivdommen. Etter raset i Hanekleivtunnelen i 2006 ble E18 gjennom Vestfold stengt frem til juni 2007. Selskapet Tollerudelva AS driftet to kiosker på veistrekningen på anbud fra Statens Vegvesen. Raset førte til redusert trafikk og omsetningstap for Tollerudelva. Selskapet krevde erstatning av Vegvesenet etter reglene om ansvar i og utenfor kontrakt.

Det var dissens i Høyesterett og begge fraksjoner vurderte først om kontrakten påla Vegvesenet plikt til å holde veien åpen for normal trafikk. Ordlyden ga ingen holdepunkter for dette. Spørsmålet var derfor om kontrakten kunne utfylles med en felles forutsetning om en slik plikt. Etter flertallets var det ikke grunnlag for det:

«Grunnen til redusert trafikk kunne (...) ha mange ulike årsaker, medrekna hendingar andre var ansvarlege for og naturhendingar. Konsekvensane av ei slik plikt ville også vere nokså uklare. For min del meiner eg det er klart at det ikkje låg føre nokon felles føresetnad om at vegvesenet skulle ha plikt til å syte for at vegen hadde vanleg trafikk forbi Tollerudelva.» (avsnitt 40).

Mindretallet kom til motsatt resultat og la avgjørende vekt på følgende:

«(...) at kontrakten med Tollerudelva AS er kommet i stand ved tilbudskonkurranse og at selskapet i samsvar med kontraktens bestemmelser har investert i utrustningen av anlegget. Etter min oppfatning ligger det da i kontraktsforholdets natur at vegvesenet har en motstående plikt til å besørge at ferdselsåren er operativ slik at gjennomgangstrafikken har adkomst til rasteplassanlegget.»

Dernest var spørsmålet om Vegvesenet kunne holdes ansvarlig etter reglene om ansvar utenfor kontrakt. Saken gjaldt ikke en tradisjonell tredjemannsskade. Vegvesenet hadde ved uaktsomhet voldt skade på sin egen tunnel. Begge fraksjoner vurderte likevel spørsmålet etter prinsippene for tredjemannsskadene. Siden de alminnelige erstatningsvilkårene var oppfylt, var det springende punkt i saken om Tollerudelva hadde en «konkret og nærliggende interesse» i skaden på Vegvesenets tunnel. Flertallet tok utgangspunkt i at:

«flymanøverdommen [har] ganske stor likskap med vår sak. Eit ras i ein tunnel kan valde skade der det fell, slik situasjonen også er for ei leidning som fell ned. Skaden får også verknader i eit vidare område, der han råkar – eller har potensiale for å råke – mange i ein nokså ubestemt og vid krins. Men i slike tilfelle er det dei som har drege nytte av vegen eller leidningen som blir ramma. Etter mitt syn er det ikkje større nærleik i årsakssamanheng i vår sak enn i flymanøversaka.»

Et særlig spørsmål i saken var hvilken relevans og vekt kontrakten hadde for vurderingen av «konkret og nærliggende interesse». I følge Vegvesenet ville det være ulogisk om en kontrakt som etter sitt innhold ikke sikret krav på normal trafikk, likevel skal kunne komme inn ved vurderingen av deliktsansvar. Høyesterett var ikke enig i det. I følge flertallet kunne «han likevel prinsipielt sett få innverknad på rekkevidda av skadebotansvar utanfor kontrakt»(avsnitt 43.). I den konkrete vurderingen la flertallet avgjørende vekt på følgende:

«Gjennom etableringa har selskapet, som andre næringsdrivande langs veg, teke på seg ein risiko, som omfattar risikoen for endra trafikkmønster så vel varig som for kortare tid. Som utgangspunkt vil det ikkje vere nokon selskapet kan halde ansvarleg for dette. Sjølve drifta av kioskane synest å vere på linje med det som er vanleg for kioskar og i stor grad også bensinstasjonar, og eg kan ikkje sjå at det vil vere urimeleg eller urettferdig om Tollerudelva AS står i same stilling som andre sjølv om vegvesenet er utleigar av lokala.»

Mindretallet tok også stilling til «konkret og nærliggende interesse» i det som synes å være et obiter dictum. I følge mindretallet hadde

«Tollerudelva AS med utgangspunkt i betraktningen om at kiosk og rasteplass er en integrert del av veianlegget, en konkret og nærliggende interesse knyttet til veien. Jeg legger her stor vekt på at Tollerudelva AS' kontrakt om leie og drift av anlegget, er inngått etter invitasjon fra Statens vegvesen og på bakgrunn av en tilbudskonkurranse. Selskapets tilknytning til veien er etter min oppfatning da atskillig nærmere enn den tilknytning andre næringsdrivende som har etablert seg på egen grunn langs E18 i tillit til at veien er operativ, kan vise til.»

4.4.4 Sammenligning

Som nevnt innledningsvis bygger sontringen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter på to legislative hensyn. Det ene hensynet er flodbølgebegrensningen, det andre hensynet er at erstatningsreglene ikke skal forrykke risikofordelingen nedfelt i kontrakten.

Flodbølgebegrensningen har også vært brukt i dommene om «konkret og nærliggende interesse». Høyesterett har vært restriktive med å gi kreditor erstatningsvern overfor tredjemenn fordi ansvaret ellers vil bli for vidtrekkende. Nettopp derfor oppstilles det særskilte vurderingstema for kontraktsbaserte følgeskader, mens vernet for tingsskadene tas for gitt. I Flymanøverdommen sies det eksplisitt at skade som følge av «kontraktsmessig tilknytning ... kan variere med tid og sted, og oftest vil ligge helt utenfor hva en skadevolder kan ha kunnskap om og oversikt over». Denne formuleringen gjentas senere i Hanekleivdommen.

Risikobetraktninger ble særlig fremhevet av Høyesterett i Flymanøverdommen, og gjentas både i Arbeidsgiveravgiftdommen og Skiltmakerdommen. Synspunktet er at kreditor vil oppnå en tilfeldig fordel om han kan omgå kontraktens risikofordeling ved å fremme et deliktskrav mot tredjemann. Dette viser at kontraktsrettighetene står i en særstilling sammenlignet med andre rettsgoder. Kreditor har sanksjonsmuligheter vis a vis debitor gjennom misligholdsbeføyelsene.¹⁶⁹ Har han ikke slike sanksjonsmuligheter, typisk ved ansvarsfraskrivelser, har han en lite beskyttelsesverdig forventning om erstatning ved mislighold. Hertil kommer at kontraktens risikofordeling normalt reflekteres i vederlaget, i hvert fall mellom profesjonelle avtaleparter. Erstatning fra tredjemann vi kunne innebære at kreditor får betalt «dobbelt opp». En annen variant av dette hensynet presenteres i

¹⁶⁹ I norsk sammenheng er dette særlig fremhevet av *Fleischer* i LoR 1964 s. 450 flg.

Skiltmakerdommen hvor Høyesterett fremhevet de skattemessige fordelene skiltmakeren hadde oppnådd ved å organisere virksomheten som et AS.

Ovennevnte hensyn vil normalt tilsi at kontraktsposisjoner ikke har erstatningsvern overfor andre enn debitor. Dette reflekteres i *resultatene* i høyesterettspraksis om «konkret og nærliggende interesse» der følgeskaden rammer kontrakt. Av totalt fem avgjørelser er det kun Kabeldommen som tilkjenner kreditor erstatning.¹⁷⁰ Det virker derfor noe dramatisk å si at sontringen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter er «incompatible» med den skandinaviske tradisjonen, i hvert fall fra et norsk ståsted. Hovedregelen også i norsk rett er at obligatoriske rettigheter ikke har erstatningsvern. Forskjellen er at vi ikke utelukker erstatning på prinsipielt grunnlag.

Etter Kabeldommen har Høyesterett gått fra å vurdere om en *rettighet* gir løsningen på rettsspørsmålet, til å spørre om det er *rimelig* å gi den skadelidte *interesse* erstatningsrettslig vern. Argumenterer som i andre land anføres for og imot prinsipper, hovedregler og unntak, opptrer i norsk rett som argumenter for og imot at skadelidte i den konkrete saken skal få et bestemt tap erstattet. Forskjellen mellom den kontinentale og skandinaviske tradisjonen på dette området ligger hovedsakelig i hvordan de reelle hensyn avveies og operasjonaliseres. Sontringen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter innebærer at man slutter fra rettighet til rettslig løsning uten å gå veien om en bred interesseavveining. Avveiningen er gjort på forhånd og ligger innebygget i regelen *ex ante*. Med et vurderingstema som «konkret og nærliggende interesse» overlates denne avveiningen til domstolene *ex post*. Førstnevnte tilnærming gir forutberegnelighet og klare linjer. Ulempen er at det *in casu* kan gi urimelige resultat. Den norske tilnærmingen gir rom for konkret rimelighet og en tilpasningsdyktig rettstilstand. Kostnadssiden er at det på forhånd er vanskelig å si noe om hva som er et «rimelig» resultat.

4.5 Sammenfatning

¹⁷⁰ For fullstendighetens skyld nevnes at Høyesterett har anvendt «konkret og nærliggende interesse» som avgrensningskriterium også for andre følgeskader enn kontrakt. Se f.eks. Rt. 2006 s. 690 hvor kollisjon mellom to godstog ledet til evakuering av Lillestrøm sentrum med følge av driftstap for virksomhetene der. Tapet ble erstattet. Som det fremgår mener jeg kontraktsrettighetene står i en særstilling sammenlignet med andre rene formuestap nettopp pga. risikofordelingen som ligger nedfelt i kontrakten.

Spørsmålet om sontringen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter er forlatt i norsk erstatningsrett, er etter dette primært et spørsmål om begrepsbruk og metodisk perspektiv. Resultater og legislative hensyn er i hovedsak de samme uavhengig av hvilken teori om retten man opererer med. Innenfor erstatningsretten kan det derfor være grunn til å tone ned retorikken og kritikken mot tinglige og obligatoriske rettigheter, i hvert fall i internasjonal sammenheng. Utsagn som at sontringen er «incompatible» med den skandinaviske tradisjonen virker overdrevet og arrogant. Et illustrerende eksempel er *Hagstrøms* omtale av Drosjedommen:¹⁷¹

«Det er lett å kritisere den begrunnelse flertallet i Høyesterett anførte: Her er det romanistiske standpunkt kommet rent og skarpt til orde».

Leseren får ikke noe belegg for kritikken annet enn at begrunnelsen er «romanistisk». Like etter presiseres det nemlig:¹⁷²

«At begrunnelsen i Rt. 1940 s. 424 er uholdbar, innebærer imidlertid ikke at resultatet er uriktig.»

Det er altså den romanistiske begrunnelsen det er noe galt med. Og «romanistisk» er ensbetydende med «uholdbart». Vi noterer en motsetning til DCFR hvor *resonnementet* brukt i drosjedommen regnes for «self-evident». Rent retorisk må det bety at enten *Hagstrøm* eller DCFR opererer med en «uholdbar» begrunnelse. Poenget her er at ingen av delene er tilfellene. Skjærer man bort lagene med norsk kontraretorikk ser en at grunnstrukturene og de reelle hensyn er felles. Forskjellen ligger i hvordan vi tilnærmer oss og formulerer løsningen på problemet. Da er det nettopp det som bør diskuteres, og ikke hvorvidt regelen har et tysk-romersk opphav.

¹⁷¹ *Hagstrøm*, *Obligasjonsrett* s. 831. Opprinnelig stammer sitatet fra Augdahls *Obligasjonsrett* (5. utg) s. 410.

¹⁷² *Hagstrøm*, *op.cit.* s. 832.

5 Foreldelsesloven § 1

5.1 Problemstilling

Foreldelsesloven gjelder «fordring på penger eller andre ytelser», jf. § 1. Bestemmelsen viderefører rettstilstanden under den forrige foreldelsesloven av 1897 som gjaldt «gjeldskrav eller anden fordring». Forarbeidene til både den gamle og nye loven avgrensar fordringsbegrepet mot «tinglige rådighetsretter». Om dette heter det i forarbeidene til någjeldende foreldelseslov:¹⁷³

«Derimot er de tinglige rådighetsretter ikke å betrakte som fordringer og er heller ikke gjenstand for foreldning. Disse kan bare falle bort ved hevd eller annet ekstinktivt erverv. Såleis foreldes ikke en eiers vindikasjonsrett, en leietakers aktuelle bruksrett eller en servitutthavers aktuelle servituttrett.»

På bakgrunn av uttalelsen i forarbeidene har en i norsk rett tatt utgangspunkt i at fl. § 1 bygger på en sontring mellom tinglige og obligatoriske rettigheter.¹⁷⁴ Det har derfor vært sentralt å avgrense fordringsbegrepet mot «tinglige» og uforeldbare rettigheter. Hvordan grensen skal trekkes, eller hva en slik sontring nærmere består i, er det ingen egentlig enighet om. Mens noen mener fl. § 1 *er* sontringen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter,¹⁷⁵ er det andre som mener at sontringen er «uklar» og «problematiske» som tolkningsfaktor.¹⁷⁶ De fleste foreldelsesrettslige fremstillinger tar utgangspunkt i at sontringen er veiledende ved tolkningen av fl. § 1.¹⁷⁷

Siden mye av tenkningen om fl. § 1 har hatt som premiss at loven bygger på en sontring mellom tinglige og obligatoriske rettigheter, må undersøkelsen ta utgangspunkt i spørsmålet om holdbarheten av en slik tolkning. Lovteksten bruker ikke ordene «tinglig» og

¹⁷³ Ot.prp.nr. 38 (1977-1978) s. 51.

¹⁷⁴ Se f.eks. *Stub Holmboe* s. 29; *Skag* s. 10-12; *Kjørven* mfl. s. 55 flg.; *Hagstrøm*, *Obligasjonsrett* s. 743; *Kjønstad/Tjomsland*, s. 29-30. Se også Rt. 2012 s. 506 hvor Høyesterett slutter seg til nevnte uttalelse i forarbeidene. Dommen omtales nedenfor.

¹⁷⁵ Slik oppfatter jeg følgende uttalelse hos *Kinander* TfR 2003 s. 683: «Kan man ikke argumentere for sontringen simpelthen med utgangspunkt i reglene om foreldelse?»

¹⁷⁶ Se f.eks. *Skag* s. 11 med videre henvisninger.

¹⁷⁷ *Hagstrøm* s. 743; *Brækhus/Hærem* s. 614; *Kjønstad/Tjomsland* s. 29; *Kjørven* m.fl. s. 56

«obligatorisk» rett. Metodisk og materielt er det her et spørsmål om lovtolking, hvor forarbeidsuttalelsen om «tinglige rådighetsretter» utgjør en av flere tolkningsmomenter.¹⁷⁸

Det skal først ses nærmere på forholdet mellom fl. § 1 og sontringen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter, mens hoveddelen tar for seg to praktisk viktige typetilfelle. Første typetilfelle gjelder foreldelse ved overføring av rett til individuelt bestemte ting, typisk kjøp av løsøre eller fast eiendom. Her er det i norsk rett lagt til grunn at en må sondre mellom kjøpers obligatoriske krav på å bli eier, og den tinglige fasen hvor kjøper er *blitt* eier. Det andre typetilfellet er der det skal skje et restitusjonsoppgjør som følge av at en avtale er ugyldig. I relasjon til foreldelsesreglene må en her trekke grensen mellom vindikasjonsrett og fordring på restitusjon.

5.2 Forholdet mellom foreldelsesloven § 1 og sontringen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter

5.2.1 “Fordring på penger eller andre ytelser” - obligatorisk rett?

Verken lovteksten eller forarbeidene definerer fordringsbegrepet i fl. § 1. I følge forarbeidene må begrepet fastlegges i lys av alminnelig juridisk språkbruk, rettspraksis og juridisk tradisjon.¹⁷⁹

Etter alminnelig juridisk språkbruk betyr «fordring» en rett til å kreve en ytelse av en annen på grunn av en forpliktelse som påhviler denne.¹⁸⁰ Det må altså dreie seg om et krav på en prestasjon fra en annen person. At det må dreie seg om en prestasjon tydeliggjøres i § 24 om virkningene av foreldelse: «Ved foreldelse taper fordringshaveren sin rett til oppfyllelse». I

¹⁷⁸ Sml. *Sæbø* i Festskrift Kjønstad s. 603-604.

¹⁷⁹ Inst.1957 s. 12-13, Ot.prp.nr. 38(1977-1978) s. 51.

¹⁸⁰ Se *Stub Holmboe* s. 27-28.

følge forarbeidene er det uten betydning hva ytelsen består i.¹⁸¹ Fordringsbegrepet omfatter både genus- og specieytelser.¹⁸²

Hvilke rettigheter som ikke omfattes av loven følger dels av loven selv, dels av forarbeider og juridisk teori. Panterett og tilbakeholdsrett vil som hovedregel ikke foreldes, jf. fl. § 27 nr. 3. For grunnbyrder presiserer fl. § 27 nr. 4 at det kun er «de enkelte ytelser» som foreldes, ikke selve heftelsen som «hviler ... på fast eiendom». Skillet mellom heftelsen og ytelser er i tråd med det tradisjonelle synet på grunnbyrden som dels tinglig, dels obligatorisk rett.¹⁸³

Forarbeidene avgrenser fordringsbegrepet mot «tinglige rådighetsretter». Uttrykksmåten tyder på at det må dreie seg om en rettighet som hjemler rådighet over en ting. Som eksempel på tinglig rådighetsretter trekker forarbeidene frem vindikasjonsrett, leiers «aktuelle» bruksrett og servitutthavers «aktuelle» servitutrett. *Vindikasjon* betegner eierens rett til å få gjenstanden for eiendomsrett utlevert fra tredjemann som besitter gjenstanden. Hvis A låner bort gressklipperen til nabo B, kan A kreve gressklipperen tilbake i kraft av eiendomsretten. Vindikasjon er derfor egentlig ikke et «krav», men håndhevelse av eiendomsrett.

Vindikasjon skriver seg fra det romerretslige søksmålet *rei vindicatio* som var et søksmål direkte rettet mot tingen selv. *Getz* definerte vindikasjonsretten som «eierens ret til udelukkende på grundlag av sit retslige forhold til tingen at fordre denne udleveret af den besiddende trediemand».¹⁸⁴ Denne definisjonen legges fortsatt til grunn i norsk rett. Se f.eks. NOU 1996:21 pkt. 5.2 hvor det heter at «[e]iendomsretten innebærer at vedkommende i slike tilfeller[tyveri] har rett til uten videre å ta tilbake gjenstandene - vindisere dem.»

Rt. 2012 s. 506 gjaldt spørsmål om foreldelse av tilbakeføring av fast eiendom etter en ugyldig overdragelse. Etter å ha sitert forarbeidsuttalelsen om «tinglige rådighetsretter» sa førstvoterende:

«Uttalelsene i forarbeidene understreker sterkt den særlige stilling for de tinglige krav i relasjon til foreldelse, men adresserer ikke direkte den aktuelle problemstilling. Grensen mellom obligatoriske og

¹⁸¹ Ot.prp.nr. 38(1977-1978) s. 51.

¹⁸² Ot.prp.nr. 38(1977-1978) s. 51

¹⁸³ *Platou*, s. 72-73 taler om grunnbyrdens «dobbeltsidige karakter».

¹⁸⁴ *Getz*, Om vindikationsrettens begrænsning s. 1-2.

tinglige krav er heller ikke klar, og det har vært advart mot å bygge direkte på sontringen ved avgrensningen av hvilke krav som etter sin art kan foreldes. Det er imidlertid ikke noe holdepunkt for at det var lovgivers intensjon å endre den tidligere rettstilstand på dette punkt, og det er da etter mitt syn nærliggende å lese forarbeidene i lys av det som var hevdet i teorien under den tidligere lov.»

Her gis «tinglige krav» en «særlig stilling», men Høyesterett sier ikke noe om hva det nærmere innebærer. I avgjørelsen brukes uttalelsen i forarbeidene nærmest som en inngang til å anvende juridisk teori om den tidligere foreldelsesloven.¹⁸⁵

De ovennevnte rettskilder gir dekning for å si at eiendomsrett og begrensede rettigheter ikke omfattes av foreldelsesloven.¹⁸⁶ Det er kun fordringer som foreldes. Men betyr det at loven bygger på en sontring mellom tinglige og obligatoriske rettigheter?

Som fremhevet tidligere i denne oppgaven, finnes det ingen universell definisjon av sontringen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter. Hvorvidt fl. § 1 bygger på nevnte sontring avhenger helt av hva man legger i begrepsparet «tinglige» og «obligatoriske» rettigheter. Det er f.eks. en betydelig forskjell mellom det kontinentale skillet mellom *rights in rem* og *rights in personam* og beskrivelsen man finner i norske foreldelsesrettslige fremstillinger. I kontinental rett kjennetegnes tinglige rettigheter ved at de har beskyttelse overfor omverdenen.¹⁸⁷ Annerledes i norsk rett hvor det fremheves at rettsvernet *ikke* har betydning for om man står overfor en tinglig og uforeldbar rettighet.¹⁸⁸ Det som i norsk rett rubriseres som en «tinglig rett» vil derfor kunne være «obligatorisk» i kontinental rett og vice versa.

Diskusjonen om fl. § 1 bygger på en sontring mellom tinglige og obligatoriske rettigheter er lite fruktbar. Den har som premiss at det eksisterer et materiellrettslig skille mellom tinglige og obligatoriske rettigheter utenfor foreldelsesloven selv. Det er kanskje mulig i rettssystemer som opererer med en på forhånd definert katalog over tinglige rettigheter nedfelt i lov(f.eks.

¹⁸⁵ Premissene behandles nedenfor i pkt. 5.4.2.

¹⁸⁶ Noe som vel heller aldri har vært tvilsomt, sml. *Arnholm*, Passivitetsvirkninger s. 76-77: «At disse rettigheter[eiendomsrett og servitutter] ikke går tapt ved å ikke brukes, regnes blant de sikreste av alle rettssetninger».

¹⁸⁷ Se den komparative undersøkelsen i *von Bar/Drobnig* s. 322: «A basic and specific feature of proprietary rights is their universal effect.»

¹⁸⁸ Prejudikatet er Rt. 1923 s. 202 hvor tinglyst kjøpekontrakt til fast eiendom var foreldet.

portugisisk rett) eller sedvane(f.eks. tysk rett). Men et slikt materiellrettslig skille finnes ikke i norsk rett, noe som henger nært sammen med det «funksjonelle» eiendomsbegrepet i Skandinavia. I stedet for å knytte rettsvirkninger til rettighetsklassifisering, spør man heller om rettighetshaver har rettsvern, om stansingsretten er i behold, om vilkårene for separatistrett er oppfylt, etc.¹⁸⁹ Vi har verken tradisjon eller system for å kategorisere rettigheter som hhv. tinglige og obligatoriske på generelt grunnlag. Å avgrense foreldelsesloven ut fra en forestilling om at «tinglige» rettigheter ikke foreldes, blir litt som å lete etter noe som ikke eksisterer.

At det overhodet ikke er noen sammenheng mellom fl. § 1 og nevnte sontring blir å gå for langt i den annen retning. Forarbeidene avgrensning av fordringsbegrepet mot «tinglige rådighetsretter» tilsier at lovgiver i hvert fall har sett for seg et slikt skille. Skillet mellom fordringsrett og eiendomsrett/begrensede rettigheter har dessuten klare likhetstrekk med sontringen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter. Men det er altså tale om en sontring som ligger foreldelseslovens § 1 og som må utledes av loven selv. Begrepene «tinglig» og «obligatorisk» blir dermed et stikkord på foreldbare og uforeldbare rettighetsposisjoner.

I denne relasjonen kan det hevdes at sontringen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter reduseres til et spørsmål om terminologi og begrepsbruk. Forarbeider og juridisk teori gir inntrykk av at eiendomsrett og begrensede rettigheter ikke foreldes *fordi* rettighetene er tinglige. Men man kan vel like gjerne snu på det å si at rettighetene ikke foreldes fordi det ikke dreier seg om «fordringer», jf. ordlyden i fl. § 1. I et slikt perspektiv er det egentlig helt uinteressant hvilken merkelapp man setter på uforeldbare rettighetsposisjoner. Men man unngår selvsagt ikke de reelle avgrensningsproblemer ved å skifte terminologi.

5.2.2 Hvordan sonde mellom fordringsrettigheter og “tinglige” rådighetsretter?

Både fordringer og «tinglige» rådighetsretter er privatrettslige rettsforhold. Private rettsforhold må prinsipielt sett fastlegges gjennom en tolkning. I det følgende skal jeg skissere noen momenter for tolkningen.

¹⁸⁹ Se f.eks. Brækhus/Hærem s. 381 flg(eiendomsrettens overgang som et kompleks av enkeltproblemer)

1. Felles for de «tinglige rådighetsretter» nevnt i forarbeidene er at de hjemler en umiddelbar rådighet over en ting. Rådighet er også brukt som avgrensningskriterium og karakteristika på tinglige rettigheter i foreldelsesrettslige fremstillinger. For eksempel definerer *Kjørven m.fl.* tinglige rettigheter som «en umiddelbar rett til å råde over objektet eller utøve en bruksrett til objektet, uten at en trenger tillatelse av tredjemenn».¹⁹⁰ Man kunne da tenke seg et rådighetskriterium som vilkår for å inneha en uforeldbar rettighetsposisjon. Det finnes imidlertid uforeldbare rettigheter som ikke hjemler rådighet over en ting. Underpant i fast eiendom er et godt eksempel. Panteloven § 1-1(2) definerer underpant som en panterett «hvor rådigheten over pantet ikke blir fratatt eieren». Selv om panteretten ikke foreldes, jf. fl. § 27 nr. 3, er det vanskelig å si at panthaver har en umiddelbar rett til å råde over pantet.

2. Et annet kjennetegn er hvorvidt pliktsubjekt for rettigheten er en *ting* eller en *person*. Sør-Afrikansk rett er illustrerende. Sør-Afrika er et såkalt «mixed legal system» dels basert på nederlandsk-romersk rett, dels på den engelske common law-tradisjonen.¹⁹¹ Som følge av nederlandsk-romersk resepsjon bygger Sør-Afrikansk privatrett på et skille mellom tinglige og obligatoriske rettigheter. Samtidig fremheves det at Sør-Afrikansk rett, på samme måte som norsk rett, *ikke* har et prinsipp om numerus clausus.

I Sør-Afrikansk rett åpnes for at det kan oppstå nye former for tinglige rettigheter.¹⁹² Når det gjelder fast eiendom beror «tingligheten» på om rettigheten kan registreres.¹⁹³ Om grensen mellom registrerbare og ikke-registrerbare rettigheter ble det i avgjørelsen *Ex Parte Geldenhuys* fremholdt at:¹⁹⁴

«The reference is to rights, which are merely binding on the present owner of the land, and which thus do not bind the land, and do not constitute *jura in re aliena* over the land, and do not bind the successors in title of the present owner. These are the “personal rights” which are not registrable ... One has to look not so much to the right, but to the correlative obligation. If that obligation is a burden upon the land, a subtraction from the *dominium*, the corresponding right is real and registrable; if it is not such an

¹⁹⁰ Kjørven m.fl. s. 56

¹⁹¹ Jf. Akkermans, Numerous Clausus s. 472 flg.

¹⁹² Akkermans, s. 474.

¹⁹³ Deeds Registries Act 47 av 1937.

¹⁹⁴ Ex Parte Geldenhuys 1926 OPD 155

obligation, but merely binding on some person or other, the corresponding right is a personal right ... and it cannot as a rule be registered.”

Med utgangspunkt I *Ex Parte Geldenhuys* har Sør-Afrikanske domstoler utviklet en «dominum test». Testen foregår i to steg: Domstolene vurderer først hvorvidt den aktuelle rettigheten korresponderer med en forpliktelse på en person eller en eiendom. En tinglig rett forutsetter at rettigheten har en eiendom som pliktsubjekt. «Subtraction from the dominum» innebærer at det kan stiftes rett i fragmenter, eller bruddstykker, av eiendomsretten.¹⁹⁵ Avhenderen av et jordstykke kan f.eks. betinge seg retten til uttak av mineraler for et bestemt antall år.

Hvis domstolene kommer til at rettigheten hviler på eiendom, er neste spørsmål om partene har *ment* å stifte en tinglig rett. Løsningsrettene er illustrerende. Her er det et tolkningsspørsmål om partene har ment å legge løsningsretten som en heftelse på eiendommen, eller som en suspensivt betinget forpliktelse på debitor. I førstnevnte tilfelle er løsningsretten tinglig, i sistnevnte tilfelle er løsningsretten obligatorisk.

Lignende tolkningsspørsmål kan oppstå i relasjon til den norske foreldelsesloven. Man kan f.eks. tenke seg en klausul som lyder «Peder Ås plikter å holde hekken i grensen mot Lars Holm under 2 meters høyde». Er klausulen en kontraktsmessig forpliktelse for Peder Ås eller en negativ servitutt hvilende på Peder Ås sin eiendom? At Peder Ås står navngitt i klausulen trekker i retning av at klausulen er en personlig forpliktelse for Peder Ås. Samtidig kan det hevdes at hele poenget med klausulen nettopp er å legge en *begrensning* på bruken av Peder Ås sin eiendom, slik at eiendommen må regnes for «pliktsubjekt». Hvis en omformulerer klausulen til «innehaveren av eiendom X plikter å holde hekken i grensen mot eiendom Y under 2 meters høyde» ville nok rettigheten blitt ansett som en servitutt.

Slik sett er det en viss sammenheng mellom den negative avgrensningen av fordringsbegrepet i fl. § 1 og området for tinglysning. Det er bare «rett som har til gjenstand fast eiendom» som kan tinglyses, jf. tingl. § 12. Kan rettigheten bare gjøres gjeldende mot en person, f.eks. krav på en arbeidsprestasjon,

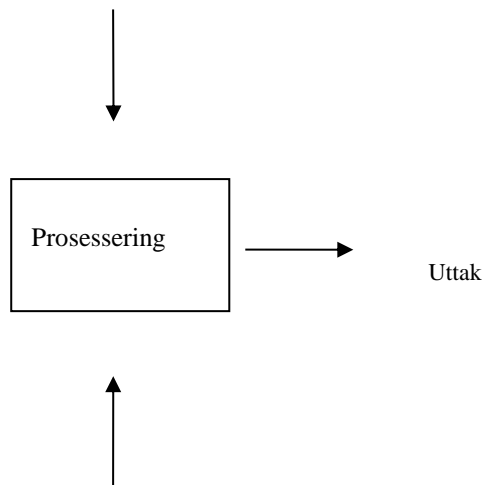
¹⁹⁵ På samme måte som norsk rett opererer Sør-Afrikansk rett med en eneierkonstruksjon, hvilket innebærer at én anses som eneier, alle andre har begrensede rettigheter i eiendommen. Se nærmere *Akkermans* s. 481 og *Falkanger/Falkanger*, Tingsrett s. 46.

skal tinglysning ikke skje.¹⁹⁶Hvis Lars Holm i ovennevnte eksempel ønsker å tinglyse sin rett, må han kunne påvise at pliktsubjekt for rettigheten er Peder Ås sin eiendom og ikke Peder Ås selv. Videre: Hvis Peder Ås mener Lars Holms rett er foreldet, må han påvise at plikten hviler på ham selv og ikke eiendommen. Grensedragningen er avgjørende *både* for spørsmålet om foreldelse og spørsmålet om tinglysning. Fullstendig parallellitet mellom fl. § 1 og tingl. § 12 er det imidlertid ikke tale om. For eksempel kan kjøpekontrakt til fast eiendom både tinglyses og foreldes, jf. Rt. 1923 s. 202.

3. Der det dreier seg om nye eller ukjente rettighetstyper, kan en for foreldelsesspørsmålet søke veiledning i alminnelige tingsrettslige prinsipper. Gulatings avgjørelse i Statfjordsaken er kan brukes som eksempel:¹⁹⁷

Saken gjaldt to grupper oljeselskaper som var rettighetshavere til oljefelt i Nordsjøen. Selskapene hadde inngått en samarbeidsavtale om prosessering og utvinning av petroleum fra to av oljefeltene. Hver rettighetshaver var eier av «sin» del av petroleumen jf. petroleumsløven § 3-3 som bestemmer at «rettighetshaver blir eier av den petroleum som produseres». Avtalen innebar at vertsfeltet mottok og raffinerte olje fra brukerfeltene. Petroleum fra forskjellige rettighetshavere ble blandet sammen i en stor tank i vertsfeltets anlegg. Etter prosessering skal vertsfeltet tilbakelevere petroleum i henhold til den enkelte rettighetshavers andel i feltet. Kontrakten forutsatte at den enkelte rettighetshaver tok ut like mye olje som en førte inn. Det skjer løpende inn- og uttak. Avtalekonstruksjonen kan illustreres slik:

Produksjon fra brukerfeltet (tilfører «sin» olje, jf. pl. § 3-3)



¹⁹⁶ Jf. *Harbek/Solem* Tinglysningsloven s. 98.

¹⁹⁷ LG-2010-186968

Feilmålt produksjon fra brukerfeltene medførte at disse over en periode på flere år tok ut et større volum olje enn de selv produserte. Det innebar at rettighetshaverne til vertsfeltet over samme periode hadde tatt ut lavere oljevolumer enn de produserte. Da feilen ble oppdaget naturalkorrigerte vertsfeltet oljevolumene. Naturalkorleksjonen innebar i korte trekk at vertsfeltet tok ut deler av brukerfeltets petroleum for å gjenopprette korrekte oljevolumer. Det ble tvist om vertsfeltets adgang til naturalkorleksjon og brukerfeltene gjorde bl.a. gjeldende at kravet om naturalkorleksjon var foreldet. En av problemstillingene i saken var om kravet overhodet var omfattet av foreldelsesloven. Det springende punktet var om naturalkorleksjonen måtte ses som fordring på restitusjon som følge av feilmålte oljevolumer, eller om naturalkorleksjonen var et krav om å få gjenopprettet korrekte eiendomsforhold, dvs. en vindikasjonsrett.

Lagmannsretten formulerte spørsmålet om foreldelse slik:

«Lagmannsretten bemerker først at det i utgangspunktet ikke er noe i veien for at et krav på olje kan være en fordring på en ytelse i lovens forstand. Men dette utgangspunktet løser ikke det foreliggende rettsspørsmål, fordi problemstillingen i vår sak snarere er *om* det i dette tilfellet gjaldt et krav på olje, eller snarere et krav på å få gjenopprettet korrekte eiendomsforhold og som ikke er gjenstand for foreldelse. Grovt sett handler dette nettopp om den klassiske sontringen mellom obligatoriske krav og tinglige rettigheter, en sontring som kan være uklar og som av den grunn generelt sett synes å ha blitt nedtonet i nyere norsk faglitteratur.»

Etter lagmannsrettens oppfatning var ikke naturalkorleksjonen omfattet av foreldelsesloven:

”Det er i utgangspunktet riktig, slik ankende part har gjort gjeldende, at det ikke er en bestemt fysisk definert og udelelig petroleumsstrøm i form av spesifikke hydrokarboner som er gjenstand for eiendomsrett. På Statfjord blir forskjellige petroleumsstrømmer blandet og prosessert til en enhetlig blanding, som så blir volumjustert for kvalitet på de leverte petroleumsstrømmer og allokert til de forskjellige selskaper i korrekte volumer i løfteregnskapene. Det som er gjenstand for eiendomsrett, er derfor nøye spesifiserte kvanta prosessert olje. En rett til et bestemt kvantum olje basert på egen eiendomsrett er i utgangspunktet av « tinglig » art(...)

Et sentralt poeng for lagmannsretten er derfor at eiendomsretten til et korrekt kvantum Statfjordolje, basert på produksjon i samsvar med gjeldende regelverk, rettslig sett ikke forrykkes som følge av målefeil. Unntaket måtte i tilfelle være hvis det skulle skje et godtroerverv, noe som ikke synes aktuelt i vår sak. Feilmålinger og beregningsfeil vil riktignok kunne lede til et mangelfullt samsvar mellom eiendomsrett til olje og faktisk løfting/salg av olje, men det manglende samsvaret vil kun være av midlertidig karakter så fremt feilen oppdages. Når dataene er blitt korrigert i henhold til gjeldende prosedyrer, skal det følgelig foretas reallokering slik at de korrekte, underliggende eiendomsforhold blir gjenopprettet.

Ultimativt betyr dette etter lagmannsrettens oppfatning at det blir uriktig å se det slik at det ved feilmålinger ipso facto oppstår fordringer på olje for de selskaper som får for lite olje, rettet mot de selskaper som på grunn av den samme feilen får for mye olje.”

Lagmannsretten synes å legge til grunn at siden rettighetshaverne har eiendomsrett til petroleumen *før* sammenblanding i vertsfeltets anlegg, består eiendomsretten i blandingen uavhengig av løpende inn- og uttak. Det er nærliggende å trekke en parallell til det tingsrettslig sameiet. Bruker- og vertsgruppens eiendomsrett til egen petroleum før sammenblanding konverteres til eiendomsrett i ideelle andeler i sammenblandet petroleum. Tar den ene sameieren ut mer petroleum enn sameiebrøken tilsier reduseres dennes andel tilsvarende. Lagmannsretten forankrer ikke resonnementet uttrykkelig i sameierettslige betraktninger, men det er neppe noe til hinder for å tolke prosesseringsavtalen slik. Alternativt kunne sameiet vært forankret i en analogi fra lov om hendelege egedomshøve § 2. Bestemmelsen lyder slik:

«Når lausøyreting frå to eller fleire eigarar vert såleis blanda eller samanbundne at kvar ikkje kan få sitt utskilt att utan for stor skade og kostnad, vert det sameige.

Kvar eigar får så stor part som svarar til det verdet som skriv seg frå han.»

Legger man til grunn at sammenblandingen utgjorde et tingsrettslig sameie, er spørsmålet hva den enkelte rettighetshavers eiendomsrett knyttet seg til. Sammenblandet petroleum fra flere rettighetshavere er en dynamisk størrelse hvor det skjer løpende inn- og uttak. Etter ordlyden i pl. § 3-3 knytter eiendomsretten seg til «den petroleumen som produseres», dvs. løftes opp av grunnen. Denne konkrete petroleumen var sammenblandet med øvrige rettighetshaveres petroleum, løftet, solgt og forbrukt før det ble foretatt naturalkorreksjon. Tenker man seg at eiendomsretten fulgte den konkrete petroleumen, slik ordlyden i pl. § 3-3 tilsier, var det ikke lenger noe å «eie» på tidspunktet naturalkorreksjonen ble foretatt. Brækhus/Hærem omtaler dette som *de rene opphørsgrunner*: «Når tingen går til grunne, faller eiendomsretten og de

begrensede rettigheter bort».¹⁹⁸ Alternativt kan man se det slik at det skjedde suksessive godtroerverv hver gang brukerfeltet løftet og solgte vertsfeltets petroleum.

Det var et sentralt poeng for lagmannsretten at «eiendomsretten til et korrekt kvantum statfjordolje ... rettlig sett ikke forrykkes som følge av målefeil». Det er ikke helt klart hva lagmannsretten sikter til, men man kan kanskje trekke en parallell til tingsinnbegrepet i panteretten. Ved f.eks. pant i varelager omfatter panteretten varelageret slik «det er til enhver tid», jf. panteloven § 3-11(3). På samme måte som sammenblandingen i statfjordsaken skjer det kontinuerlige inn- og uttak av et varelager. Panteretten opphører ikke selv om varelageret reduseres til et minimum. Pantet er en dynamisk størrelse. Anvendt på statfjordsaken kan det hevdes at eiendomsretten knyttet seg til sammenblandingen som sådan – et petroleumsrettslig tingsinnbegrep – og ikke den enkelte rettighetshavers tilførsel av petroleum.

4. Det foregående viser at grensen mellom foreldbare og uforeldbare posisjoner må fastlegges gjennom en analyse av ulike rettighetsposisjoner. Analysen beror på en *tolkning* av rettsforholdet mellom partene. Tolkningsmomentet fremheves eksplisitt fordi sontringen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter forbindes med begrepsjurisprudensen. I foreldelseslitteraturen ser man gjerne utsagn som at «det er lite å hente med å slutte fra begrepene»¹⁹⁹ eller «advarsler» mot å «bygge direkte på sontringen».²⁰⁰ Slike utsagn kan tilsløre den oppgaven rettsanvenderen faktisk står overfor. Grensedragningen mellom rett i ting og krav mellom personer beror ikke på abstrakt begrepsdeduksjon. Det er i prinsippet det samme som alminnelig avtaletolkning.

5.2.3 Tinglig rett i penger? Forholdet mellom foreldelsesloven § 1 og dekningsloven § 2-2

Området for kreditorenes beslagsrett angis i dekningsloven § 2-2:

¹⁹⁸ *Brækhus/Hærem* s. 622.

¹⁹⁹ *Kjørven* m.fl. s. 56.

²⁰⁰ *Skag*, s. 11.

«Når ikke annet er fastsatt ved lov eller annen gyldig bestemmelse, har fordringshaverne rett til dekning i ethvert formuesgode som tilhører skyldneren på beslagstiden, og som kan selges, utleies eller på annen måte omgjøres i penger.»

Bestemmelsen gir uttrykk for at beslagleggende kreditorer trer inn i skyldnerens rettighetsposisjoner, jf. vilkåret «tilhører skyldneren». Hvis skyldneren besitter et formuesgode som tilhører dennes hjemmelsmann, f.eks. en bil, er ikke kreditorene i posisjon til å beslaglegge bilen. Hjemmelsmannen kan vindisere bilen fra skyldners konkursbo fordi bilen «tilhører» ham.²⁰¹

Det er dermed en parallell mellom området for fl. § 1 og dekl. § 2-2. Hjemmelsmannens vindikasjonsrett går klar av foreldelsesloven og kreditorenes beslagsrett, nettopp fordi medkontrahtenten har eiendomsrett til formuesgodet som besittes av mottakeren. Hvis medkontrahtenten har en fordring på debitor, vil fordringen foreldes og kun gi rett til dividende ved konkurs, jf. fl. § 1 jf. dekl. §§ 6-1 flg. Denne koblingen mellom foreldelse og kreditorbeslag er etter mitt syn sentral for oppgavens tema. Dels fordi det illustrerer sammenhenger mellom rettsregler, dels fordi et karakteristisk trekk ved de tinglige rettigheter nettopp er beskyttelsen overfor tredjemenn.

Parallellen mellom fl. § 1 og dekl. § 2-2 gjelder primært i hjemmelsmannskonflikten. Siden det her ikke oppstilles krav om rettsvernsakt vil hhv. skyldnerens og hjemmelsmannens rettighetsposisjoner være avgjørende for beslagsretten. I dobbeltsuksessjonskonflikten kreves det som kjent en rettsvernsakt for at suksessors rett skal stå seg overfor skyldners konkursbo, jf. eksempelvis tinglysningsloven § 23. Det innebærer at suksessor kan oppnå en uforeldbar «tinglig» posisjon i relasjon til skyldner men likevel være ubeskyttet overfor skyldners kreditorer.

Forholdet mellom fl. § 1 og dekl. § 2-2 kompliseres av at konkurslitteraturen oppstiller to egne vilkår for at *penger* i skyldnerens besittelse kan anses å tilhøre dennes rettsforgjenger. Det første vilkåret er at skyldneren må ha plikt til å holde pengene atskilt fra egne midler. Det andre vilkåret er at slik atskillelse rent faktisk har funnet sted. I litteraturen går disse vilkårene under merkelappen «separatistrett til penger i konkurs».²⁰² I foreldelseslitteraturen er det neppe *helt* enighet om vilkårene også gjelder for å vindisere penger i tilknytning til fl. § 1.

²⁰¹ Jf. bl.a. Rt. 1935 s. 981 Byglanddommen.

²⁰² Se f.eks. Haukaas i JV 2009 s. 31-32.

Kjørven m.fl. synes å ta det for gitt at det er identitet mellom dekl. § 2-2 og fl. § 1.²⁰³ Det samme gjør *Bergsåker* i sin lærebok om pengekravsrett.²⁰⁴ Derimot skriver *Sæbø*, riktignok om foreldelse ved betroelse av penger, at:²⁰⁵

«...grensen mellom foreldbare og ikke-foreldbare posisjoner [må] trekkes etter en analyse av de hensyn som gjør seg gjeldende i forhold til foreldelse, hvor det at vindikasjon i konkurs kan være utelukket, ikke i seg selv får avgjørende betydning».

*Sæbø*s posisjon føyer seg godt inn i den skandinaviske metodiske tradisjonens vegring mot å bruke «eiendomsrett» som begrep med materielt innhold. At man er eier i en relasjon betyr ikke at man er eier i en annen, og det må foretas en avveining av de berørte interesser i det enkelte tilfelle. Etter mitt skjønn kan tilnærmingen problematiseres allerede på grunnlag av lovteksten i hhv. fl. § 1 og dekl. § 2-2. Begge bestemmelser gir anvisning på en sontring mellom rettighetsposisjoner; rettighetsposisjoner som må fastlegges gjennom rettsregler utenfor bestemmelsene selv. For eksempel bestemmer kommisjonsloven § 53 at gods overgitt til kommisjonæren vedblir å være kommittentens eiendom inntil eiendomsretten er gått over på tredjemann eller kommisjonæren selv. Kommittentens eiendomsrett innebærer at retten til godset verken foreldes eller beslaglegges av kommisjonærens kreditorer. Det virker lite plausibelt at f.eks. kommisjonsloven prinsipielt sett skal tolkes *forskjellig* alt ettersom det er tale om foreldelse eller kreditorbeslag.

Det er likevel nødvendig å se nærmere på hva som ligger bak vilkårene for separatistrett i konkurs. Først da kan det sies noe om sammenhengen mellom fl. § 1 og dekl. § 2-2 når det gjelder rett til penger i en annens besittelse. Det første vilkåret formuleres forskjellig i litteraturen, men det er særlig to formuleringer som går igjen: Mottaker må a) ha plikt til å holde pengene atskilt fra egne midler²⁰⁶ eller b) være uberettiget til å råde over pengene til

²⁰³ *Kjørven m.fl.* s. 77.

²⁰⁴ *Bergsåker*, Pengekravsrett s. 277-278.

²⁰⁵ *Sæbø* i Festskrift Kjønsstad, s. 612.

²⁰⁶ Se f.eks. *Haukaas* i JV 2009 s. 32 flg.

egne formål.²⁰⁷ Slik vilkåret er formulert dreier det seg tilsynelatende om noe helt annet enn eiendomsrett. Det dreier seg om separatistrett og hva mottaker av penger er forpliktet eller berettiget til. Ser en nærmere på vilkårene synes det likevel å være en viss sammenheng her. Mottakers plikt til å holde pengene atskilt fra egne midler må nødvendigvis korrespondere med hjemmelsmannens *rett*. Plikten kommer ikke ut av intet. Videre: At mottaker er uberettiget til å råde over pengene må nødvendigvis innebære at medkontrahenten er berettiget. Fra medkontrahentens synsvinkel er separatistrett et spørsmål om eiendomsrett til penger i en annens besittelse.

Det ovennevnte kan tyde på at første vilkår for separatistrett til penger i konkurs egentlig dreier seg om eiendomsrett. Jeg kan derfor slutte meg til de forfattere som legger til grunn at det er identitet mellom fl. § 1 og dekl. § 2-2. Uavhengig av begrepsbruk er hjemmelsmannen i en posisjon som innebærer at hans rett til et bestemt pengebeløp verken foreldes eller beslaglegges. Hvilken merkelapp en setter på denne posisjonen – «plikt», «uberettiget» eller «eiendomsrett» - går antakelig ut på ett. I mange tilfeller er den konkursrettslige begrepsbruken nyttig for tanken, bl.a. for å trekke grensen mellom kredittgivning og depot. I andre tilfeller blir den kunstig. Sett at Peder Ås stjeler penger fra Lars Holm hvorpå Lars senere finner Peder med pengene atskilt og i behold. Det er ingen tvil om at Lars kan vindisere pengene fra Peder – pengene er jo hans. Men vil man si at Peder har *plikt* til å holde pengene atskilt fra egne midler? Jeg tror både Lars og Peder ville blitt overrasket om man fortalte dem at Peder hadde en slik plikt. Hvis Lars Holm ikke er jurist, vil han si at «pengene er mine, Peder har stjålet dem, og jeg tar pengene tilbake fordi de tilhører meg». Lars vindiserer fordi han *eier* pengene og ikke fordi Peder plikter å holde disse atskilt fra egne midler.

Om det *andre vilkåret* for separatistrett i konkurs heter det gjerne at pengene faktisk må være holdt atskilt fra skyldnerens egne midler.²⁰⁸ Kravet om faktisk atskillelse er neppe mer enn et utgangspunkt. Doktrinen godtar i varierende utstrekning vindikasjon av penger ut fra surrogati- og sameiebetragtninger. Med «surrogati» menes i formuerettslig sammenheng at et

²⁰⁷ Se f.eks. *Opsahl* i TfR 1953 på s. 281.

²⁰⁸ Jf. eks. *Haukaas op.cit.* s. 41-42 og *Opsahl op.cit.* s. 285.

formuesgode trer i stedet for et annet.²⁰⁹ Illustrerende er Rt. 1993 s. 679 hvor en bank fikk vindisere underslåtte penger brukt til kjøp av en hotelleiendom som deretter ble solgt. Pengene fra salget trådte i stedet for pengene som var underslått. Vindikasjon av penger basert på sameiebetragtninger er aktuelt der penger fra flere rettighetshavere blandes sammen, enten ved avtale eller ved en tilfældighet. Ovennevnte Statfjord-saken illustrerer at avtalt sameie i artsbestemte ting (olje) kan gi vindikasjonsrett. Ved tilfeldig sammenblanding, f.eks. tyven som setter stjålne penger inn på egen konto, kan sameie statueres med hjemmel i lov om hendelege eiendomshøve § 2, enten direkte (fysiske penger) eller analogisk (kontopenger).²¹⁰ Heller enn faktisk atskillelse er det kanskje mer treffende å si at det må være en forbindelse eller identitet mellom eiendomsrett og pengene for at medkontrahenten kan vindisere.

I relasjon til fl. § 1 er spørsmålet om vindikasjon av penger betinges av at pengene lar seg identifisere slik det er angitt i avsnittet ovenfor. Spørsmålet om atskillelse, sameie og surrogati i penger er nokså utførlig behandlet i konkursliteraturen. Tilsvarende drøftelser er nærmest fraværende i foreldelsesliteraturen. Det er derfor hensiktsmessig å løfte problemstillingen: Er det i alminnelighet et vilkår om identitet eller forbindelse mellom eiendomsrett og penger for å vindisere?

Det er en grunnleggende forestilling om at eiendomsretten må knytte seg til et bestemt objekt. Ross gikk så langt som å si at sontringen mellom individuelle, umiddelbare tingsrettigheter, og abstrakte, middelbare fordringsrettigheter er en universalrettshistorisk tanke.²¹¹ Ross bygger bl.a. på rommerretten hvor vindikasjonssøksmålet (*rei vindicatio*) var betinget av at saksøker kunne påvise en bestemt ting (*specificatio*) i saksøkers formuesmasse.²¹² Det går en linje herifra til *Lilleholts* nyeste lærebok i allmenn formuerett. Her oppstiller *Lilleholt* det han omtaler som «spesialitetsvilkåret»: Rett til ting omfatter bare rett til individuelt bestemte

²⁰⁹ Jf. *Johansen* i LoR 1994 s. 242.

²¹⁰ Se til illustrasjon RG 1985 s. 400 (voldgift, Sjur Brækhus)

²¹¹ *Ross*, Virkelighed og Gyldighed, s. 321.

²¹² *Op.cit.* s. 247-252.

ting.²¹³ Legaldefinisjonen i panteloven § 1-1 er et lovfestet uttrykk samme tankegang: Panteretten gjelder «ett eller flere bestemte formuesgoder».

Komparativt går prinsippene om spesialitet og surrogasjon igjen i en rekke rettssystemer. Her nevnes at i både engelsk og tysk rett er «tracing» og «substitution» anerkjente «proprietary techniques».²¹⁴ *Dannemann* bruker eksempelet med tyven som stjeler en flokk kyr, slakter kyrne, og produserer hermetikk av kjøttet. Til tross for omdannelsen kan eieren av kyrne vindisere hermetikken.²¹⁵

For tysk rett legger *Dannemann* til grunn at eier ikke kan vindisere stjalne penger tyven har satt inn på bankkonto. Det henger trolig sammen med at det i en del kontinentale rettssystemer oppfattes som prinsipielt umulig å *eie* en obligatorisk rett.²¹⁶ Siden kontopenger er en fordring på banken, tapes vindikasjonsretten i det øyeblikk fysiske penger settes inn på konto. Et tilsvarende skille mellom fysiske penger og kontopenger gjenfinnes (heldigvis) ikke i norsk rett. I både Rt. 1993 s. 679 og RG 1985 s. 400 (voldgift, Sjur Brækhus) vindiseres penger på bankkonto.

Poenget med det ovennevnte er å vise at reglene om identifikasjon, surrogasjon og sameie ikke er et særskilt norsk konkursrettslig fenomen. Det dreier seg om grunnleggende tingsrettslige prinsipper som skriver seg tilbake fra romerretten og som går igjen i en rekke rettssystemer. Prinsippene kan i korthet uttrykkes slik at den som mener å ha en tinglig rett, må kunne påvise en bestemt ting retten knytter seg til.²¹⁷ Etter dette legges det til grunn at vindikasjon av penger i relasjon til fl. § 1 betinges av at pengene lar seg identifisere etter de samme regler som gjelder for separatistrett til penger i konkurs.

Hvorvidt identifikasjonsvilkåret skal praktiseres likt for hhv. fl. § 1 og dekl. § 2-2 er mer tvilsomt. *Sæbø* synes å legge til grunn at en kan gå lenger i å godta vindikasjon av penger ut fra en

²¹³ *Lilleholt*, Allmenn formuerett kap. 12.2.

²¹⁴ Se den komparative oversikten i *Dannemann*, Restitution s. 126-131.

²¹⁵ *Op.cit* s. 128-129.

²¹⁶ Jf. *Ritaine*, Obligatory and Proprietary Rights s. 194 (fremholder at “legal scholars” bl.a. i tysk og fransk rett “generally consider that there can be no right of property to a claim”)

²¹⁷ *Birks*, Restitution s. 185 formulerer prinsippet slik: ««Thats mine!» is meaningless if there is no «that» in sight».

sameiebetragtning i relasjon til fl. § 1 enn man kan overfor skyldners kreditorer.²¹⁸ Synspunktet er at sameie i penger gir risiko for at vindikasjonsrett utøves i penger som tilhører skyldner og dermed skulle vært fordelt på de usikrede kreditorer. Denne innvendingen, skriver Sæbø, gjør seg ikke gjeldende i relasjon til spørsmålet om foreldelse. Jeg for min del har vanskelig for å se at det skal være noen prinsipiell forskjell i de tingsrettslige reglene alt ettersom man tolker fl. § 1 eller dekn. § 2-2. Hvorvidt det er rettslig grunnlag for å etablere et sameie beror jo på reglene om sameie – her hendl. § 2 – og ikke fl. § 1 eller dekn. § 2-2.²¹⁹ Sæbøs posisjon innebærer i prinsippet at et sameie aldri er et sameie, men at alt flyter ut i en interesseavveining relativisert etter hvilken rettsvirkning det er tale om.

5.3 Foreldelse ved overføring av rettigheter til ting

5.3.1 Problemstilling: Obligatorisk kontrakt og tingling overdragelseshandel?

Ordlyden i fl. § 1 omfatter krav på å bli rettighetshaver til individuelt bestemte ting, typisk forpliktelsene som følger av en kjøpekontrakt. Det fremgår av forarbeidene at «en avtalt – men ikke fullbyrdet – rett til å få rådighet over løsøre eller fast eiendom» foreldes.²²⁰

Tilsynelatende vil det dermed være en obligatorisk avtale- eller overføringsfase hvor rettigheten er en fordring, og en fullbyrdsfase hvor fordringen er gått over til å bli en uforeldbar tinglig rett. I det følgende skal jeg se nærmere på grensene for dette skillet og hva det nærmere består i.

5.3.2 Foreldelsesrettslige utgangspunkter – Stub Holmboes «overføringslære»

Spørsmålet om foreldelse ved overføring av rett til ting er grundig behandlet i litteraturen. Med utgangspunkt i *Stub Holmboes* fremstilling er det etablert en nokså fast overføringslære. Hovedpunktene kan sammenfattes slik:

²¹⁸ Jf. Sæbø i Festskrift Kjønsstad, s. 611-612.

²¹⁹ Sml. *Birks*, Restitution s. 199: «The rules of tracing do not themselves confer rights. They answer the question whether one asset is wholly or partly the substitute for another». Engelsk rett har en regel parallell til hendl. § 2, kalt «the *pari passu rule*», kort formulert slik: «a mixed fund diminishes equally for all who have innocently contributed to it», jf. *Birks*, Restitution s. 200.

²²⁰ Ot.prp.nr. 38(1977-1978)

Det er ikke tilstrekkelig at det er inngått en *avtale* om rettighetsoverføring. I følge Stub Holmboe må det:²²¹

«...således være ett av de følgende ledd i overdragelsesprosessen som danner det avgjørende skille. Og det ligger da nærmest å feste seg ved det tidspunkt da overdrageren har gjort hva der fra hans side kreves for å gjennomføre overdragelsen; da har han oppfylt sin obligatoriske forpliktelse.»

Hva som nærmere kreves av oppfyllelshandlinger avhenger av hva slags formuesgode det er tale om. Dreier det seg om løsøre må løsøret være levert til erverver.²²² Ved overdragelse av fast eiendom kreves det i følge *Stub Holmboe* utstedelse av skjøte eller at erververen har tatt eiendommen i besittelse.²²³

Tilsvarende synspunkter er lagt til grunn i litteraturen etter *Stub Holmboes* fremstilling. I følge *Augdahl* foreldes retten etter en kjøpekontrakt som ennå ikke er fullbyrdet ved overlevering.²²⁴ Også *Brækhus/Hærem* og *Kjønstad/Tjomsland* mener overføring av faktisk rådighet representerer det avgjørende skillet.²²⁵ Det er videre enighet i teorien om at det ikke er avgjørende om kjøper har betalt kjøpesummen eller på andre måter oppfylt sine forpliktelser.²²⁶

Nyere teori har i større grad fremhevet at foreldelsesspørsmålet er et spørsmål om eiendomsrettens overgang. Som det heter hos *Krokeide*: «I denne relasjonen[foreldelse] må man vite når eiendomsretten går over. Her vil det i utgangspunktet være behov for et substansielt eiendomsbegrep.»²²⁷ Samtidig er kravet om fysisk overlevering tonet ned sammenlignet med *Stub Holmboes* fremstilling. I følge *Krokeide* har partene full frihet til å

²²¹ Stub Holmboe s. 30-31

²²² *Op.cit.* s. 32.

²²³ *Loc.cit.*

²²⁴ *Augdahl*, Obligasjonsrett (5. utg.) s. 120.

²²⁵ *Brækhus/Hærem* s. 613-616; *Kjønstad/Tjomsland* s. 30-31.

²²⁶ Jf. *Skag* s. 12 note 36 med videre henvisning til juridisk teori.

²²⁷ *Krokeide* LoR 2005 s. 4.

avtale at eiendomsretten går over selv om overdrageren har samme rådighet som tidligere.²²⁸ Overføring av faktisk rådighet synes likevel fortsatt å være hovedregelen for å oppnå en uforeldbar rettighetsposisjon.²²⁹

5.3.3 Tingsrettslige utgangspunkter – eiendomsrettens overgang?

Som vist tidligere i denne oppgaven, kan en grovt skissert operere med to ulike grunnstrukturer for eiendomsrettens overgang. I rettssystemer med et delingsprinsipp, herunder det tyske, kreves det en selvstendig overdragelseshandel for gyldig eiendomsoverdragelse mellom partene (f.eks. overlevering eller registrering).

I rettssystemer med et kausalitetsprinsipp er det tilstrekkelig for eiendomsoverdragelse at betingelsene i en avtale om rettighetsoverføring er blitt oppfylt. Hvis avtalen er betingelsesløs – typisk et gaveløfte – går eiendomsretten umiddelbart over på erverver. Etter rettsrealismens inntog ligger kausalitetsprinsippet som en grunnstruktur også i norsk rett. Brækhus uttrykker det slik: «Hvis en eier, f.eks. ved en salgsavtale, har bundet seg til å avhende en ting på visse vilkår, behøves det ikke ytterligere viljeserklæringer fra hans side for at avhendelsen skal bli effektiv».²³⁰ Til forskjell fra delingsprinsippet reguleres forholdet til tredjemenn av egne regler, f.eks. reglene om tinglysning.

Hvis man følger foreldelseslitteraturen og krever overføring av faktisk rådighet for å oppnå en uforeldbar eierposisjon, bygger foreldelsesloven på et temmelig strikt delingsprinsipp. Eiendomsrettens overgang er betinget av 1) «obligatorisk» avtale og 2) overføring av «tinglig» faktisk rådighet. Det innebærer også at foreldelseslitteraturen opererer med en forestilling om eiendomsrettens overgang som fraviker de alminnelige tings- og avtalerettslige regler. Følgende eksempel hos *Krokeide* er illustrerende:²³¹

²²⁸ *Krokeide* LoR 2005 s. 26. Som påpekt av *Krokeide* kan man også tenke seg motsatt løsning gjennom et eiendomsforbehold.

²²⁹ Se *Skag* s. 12-13 med videre henvisninger. I følge *Krokeide* s. 23 vil det «ofte være avgjørende for om eiendomsretten har gått over eller ikke, om overdrageren har gitt erververen tillatelse til å utøve faktisk og/eller juridisk rådighet over den faste eiendommen

²³⁰ *Brækhus* 3 og 4 s. 7.

²³¹ *Krokeide* LoR 2005 s. 22

«Ved frivillige salg vil kravet på å få den faktiske rådigheten (og dermed også eiendomsretten) teoretisk kunne gå tapt ved foreldelse etter fl. § 1, selv om erververen både har betalt for eiendommen og fått tinglyst hjemmel til den, dersom han somler i mer enn tre år med å begjære en nødvendig tvangsfravikelse etter tvangsl. § 13-2 tredje ledd bokstav e.»

Krokeide påpeker at «resultatet [kan] virke overraskende og er ikke i samsvar med vanlige forestillinger om eiendomsretten til fast eiendom».²³² Her er *Krokeide* inne på noe sentralt, ettersom alminnelige tingsrettslige regler ikke krever overføring av rådighet for å etablere eiendomsrett. Hvis kjøper i ovennevnte eksempel krever tvangsfravikelse før foreldelsesfristens utløp, blir han selvsagt ikke møtt med påstanden «du har ikke besittelsen så derfor er du ikke eier». Kjøper er eier idet han inngår og oppfyller avtalen med selger.²³³

Et annet eksempel er «sale and lease back»-avtalene. Situasjonen her er at avhender innehar besittelsen, men da først som eier og så som leier. Den som erverver eiendomsretten har ingen fysisk rådighet sånn sett. I følge foreldeslitteraturen er det prinsipielt sett umulig å bli eier her.

Det foregående tilsier at man må skille mellom eiendomsrettens overgang i og utenfor foreldelsesreglene. Tingsrettslig er det klart nok ikke et vilkår om besittelse for å etablere eiendomsrett. Skal det gi mening å tale om faktisk rådighet som kriterium for eiendomsrettens overgang, må det eventuelt være i relasjon til foreldelsesreglene. Karakteristikken for eiendomsbegrepet i skandinavisk rett er nettopp at eiendomsretten kan gå over i ulike relasjoner; man kan ha eiendomsrett i en relasjon, men ikke i en annen.

Med et relasjonelt eiendomsrettsbegrep er spørsmålet hvilken «eierrelasjon» som er avgjørende for foreldelsesreglene. Som utgangspunkt må spørsmålet bero på en tolkning av foreldelsesloven § 1. Prinsipielt sett er det ingen ting i veien for at lovgiver bestemmer at erververs rett først blir «tinglig» når besittelsen er tiltrådt. Men det forutsetter at rettskildene gir støtte for en slik løsning, noe jeg skal undersøke nærmere i det følgende.

5.3.4 Forarbeider

²³² *Loc.cit.*

²³³ Man kan selvfølgelig tenke seg avvikende løsninger, f.eks. et eiendomsforbehold. Tilsvarende kan kjøper bli eier *uten* å ha betalt kjøpesummen, dersom selger yter kreditt.

Spørsmålet er om det kreves noe *mer* enn bindende avtale om overdragelse av ting for at erverver skal oppnå en tinglig rådighetsrett. Proposisjonen utdyper ikke hva som menes med «avtalt – men ikke fullbyrdet» rett til å få rådighet over ting. I innstillingen til revisjon av foreldelsesloven heter det at:²³⁴

«Dersom rådighetsretten hviler på avtale, er imidlertid forutsetningen som regel at kontrakten er fullbyrdet (f.eks. en overdragelse gjennomført) i den forstand at erververens rådighet umiddelbart kan utøves. Er f.eks. en leierett ikke tiltrådt, må det antas at leierens avtalte krav på å få bruksretten overlatt er gjenstand for foreldelse.»

Det sentrale synes å være at erververens «rådighet umiddelbart kan utøves». Men hva menes med «rådighet»? Tingsrettslig rommer «rådighet» både juridisk og faktisk rådighet. Erverver kan også ha helt eller delvis rådighet avhengig av hvor en befinner seg i overdragelsesprosessen. Den rettslige rådighet over tingen går normalt over på erverver så snart avtalen er sluttet.²³⁵ I så fall kan erververs rådighet «umiddelbart utøves» allerede ved avtaleslutningen.

Erververs rett til faktisk rådighet over tingen avhenger av avtalen og hva slags ting det er tale om. Full faktisk rådighet får man først ved overlevering av løsøre eller ved overtakelse av fast eiendom.²³⁶ For noen formuesgoder kan man vanskelig ha noen faktisk rådighet overhodet. Enkle pengekrav er ett eksempel, med mindre det dreier seg om gjeldsbrev.

Rettighetshaver til ting kan også ha ulike grader av faktisk rådighet over tingen. Innehaveren av f.eks. en negativ servitutt har ingen faktisk rådighet over eiendommen servitutten hviler på, med mindre man vil tale om «negativ rådighet».²³⁷ Det har man til dels gjort, ettersom Innstillingen forutsetter at «servitutthavers aktuelle servituttrecht» er en tinglig rådighetsrett som ikke foreldes. Men en slik negativ rådighet ligger også i kjøpekontrakten i den forstand at

²³⁴ Innst. 1957 s. 12.

²³⁵ Brækhus/Hærem s. 383.

²³⁶ Sml. Brækhus/Hærem s. 384.

²³⁷ Hagstrøm, Obligasjonsrett, s. 28.

overdrager ikke kan bruke tingen på en måte som reduserer dens verdi for erverver.²³⁸

Kjøpekontrakten etablerer dermed samme (negative) rådighet over tingen som det forarbeidene ellers omtaler som «tinglige rådighetsretter».

Forarbeidene må nok likevel forstås slik at den negative rådighet som ligger i en kjøpekontrakt ikke er tilstrekkelig for å etablere en «tinglig» posisjon. Det følger av uttalelsen om at en «avtalt – men ikke fullbyrdet» kjøpekontrakt foreldes. Hva som nærmere kreves er ikke helt enkelt å utlede fra forarbeidene. I følge innstillingen må det være mulig å «tiltre» bruken av tingen. Det er imidlertid ikke alle ting som kan «tiltres» noe «sale and lease back»-avtalene illustrerer. Eneste måten eier kan tiltre besittelsen er å si opp leieavtalen og kaste ut leietaker. Så langt vil man neppe gå for å gi erverver en uforeldbar rettighetsposisjon.

Ut fra forarbeidene er det vanskelig å si når avtale om overdragelse er fullbyrdet ettersom «rådighet» er et såpass diffust uttrykk.²³⁹ Det kreves noe mer enn bare avtale, men hva dette «mer» er, må bero på en tolkning av avtalen.²⁴⁰

5.3.5 Rettspraksis

Spørsmålet om foreldelse ved overføring av rett til ting er behandlet i flere høyesterettsavgjørelser. De fleste avgjørelsene er konkret begrunnet, men det er likevel mulig å utlede enkelte retningslinjer.

1. I Rt. 1923 s. 202 hadde noen grunneiere solgt et jordstykke langs en elv. Kjøpesummen skulle «erlægges av kjøperen ... kontant før arbeidets paabegyndelse». Retten ble først gjort gjeldende 21 år etter avtaleinngåelsen. I følge Høyesteretts flertall(5-2) ga ikke kontrakten erververen «nogensomhelst raadighet over vedkommende del av sælgerens eiendom, saalænge kjøpesummen ikke var betalt. Det kan derfor ikke være tvilsomt at kjøperen ikke hadde erhvervet nogen tinglig ret, men bare en obligatorisk ret.»

²³⁸ *Brækhus/Hærem* s. 384 bruker eksempelet der A har sluttet en uthugstkontrakt med B. As adgang til hugst vil være tilsvarende begrenset selv om hugsttiden etter kontrakten ennå ikke er kommet.

²³⁹ *Krokeide* LoR 2005 s. 11 oppfatter også forarbeidene som uklare.

²⁴⁰ Slik også *Krokeide* s. 26 som fremhever at «eiendomsretten kan bli ansett overført selv om overdrageren har den samme faktiske rådighet over den faste eiendommen som tidligere».

Høyesterett la til grunn at rådigheten først kunne utøves etter at kjøpesummen var betalt, og det var ensidig opp til kjøperen å bestemme når dette skulle skje. Flere forfattere har påpekt at stiftelsesgrunnlaget i saken snarere bør ses som en løsningsrett enn en kjøpekontrakt, ettersom det kun var erverver som hadde rett til å kreve avtalen gjennomført.²⁴¹

2. Rt. 1960 s. 579 og Rt. 1966 s. 187 gjaldt spørsmål om foreldelse ved avståelseserklæringer om fri grunn for anlegg av vei. Begge dommene gjaldt rettigheter som først ble gjort gjeldende mellom 20 og 30 år etter at erklæringene var avgitt. Plikten til å avstå grunn fulgte av dagjeldende veiloven § 22. I den første avgjørelsen sa Høyesterett at:

«Den erklæring som saken gjelder, må leses på bakgrunn av bestemmelsene i veilovens § 22, hvorefter enhver er pliktig til å avstå fornøden grunn og veibyggingsmateriale til bl.a. anlegg av offentlig vei. For avståelsen tilkommer eieren erstatning etter overenskomst eller – hvis sådan ikke kan oppnås – etter skjønn. Den foreliggende erklæring fra grunneierne går ut på at de i anledning av veianlegget frafaller erstatning, og en slik erklæring kan ikke – som påstått av ankemotparten – være gjenstand for foreldelse. Det sier seg selv at heller ikke eierens forpliktelse etter loven til å avstå fornøden grunn m.v. til veianlegget, ettersom dette skrider frem, kan være gjenstand for foreldelse.»

Med henvisning til Rt. 1960 s. 579 ble samme resultat lagt til grunn i den andre avgjørelsen:

«Om foreldelse av tilsagn om fri grunn kan det ikke godt bli tale, hva enten en konstruerer forholdet som et ensidig løfte eller som et kontraktslignende forhold.»

I foreldelseslitteraturen er dommene om grunnavståelse brukt til å illustrere at eiendomsretten umiddelbart kan gå over på erverver, og dermed modifierer utgangspunktet om at det kreves besittelsesovergang.²⁴² Jeg synes det er vanskelig å se at dommene gir dekning for å si noe om eiendomsrettens overgang. Den første avgjørelsen gjaldt grunneiers avkall på retten til å kreve erstatning. Den andre avgjørelsen gjaldt avståelse av fri grunn. Dommene gjaldt avkall på rettigheter. Avkall på rett er ingen «fordring på ... ytelse», ettersom grunneierne ikke skulle prestere noe overhodet.

²⁴¹ *Brækhus/Hærem* s. 615; *Krokeide* s. 14.

²⁴² Se *Kjørven* m.fl. s. 81, *Krokeide* i LoR 2005 s. 14-17.

3. Den neste avgjørelsen er Rt. 1967 s. 715. Ved en utskiftning i 1907 ble to gårdbrukere hver «forbeholdt» en nausttomt på en tredje gårdbrukers eiendom mot en erstatning til grunneieren av 30 kroner « der erlægges, naar tomten tages i besiddelse, under eksekutionstvang ». På samme måte som Rt. 1923 s. 202 kunne rådigheten først utøves når kjøpesummen var betalt, og det var opp til erverver å bestemme når dette skulle skje. Høyesterett kom da også til at retten var foreldet:

«Etter mitt syn er det ikke grunn til å anta at nausttomtene ble utlagt de ankende parters forgjengere Tønnes Bilstad og Torger Torgersen ved utskiftningen av 1907. Det er på det rene i saken at de for sine eiendommer hadde naust som lå utsatt for vær og vind, og at de derfor i utskiftningen ble forbeholdt tomter på Ingebret Andreassens eiendom som lå mer i ly. Jeg forstår da utskiftningsrettens bestemmelse slik at de ikke ble tildelt tomter, men at de fikk adgang til å kreve tomtene utlagt på Andreassens eiendom, om de ville betale det fastsatte vederlag på 30 kroner hver. Etter min mening må en slik rett anses som en fordring som går inn under foreldelsesloven § 1, og den må være foreldet som begrunnet av lagmannsretten.»

4. I Rt. 1976 s. 226 hadde Stavanger kommune ved makeskifte i 1926 forbeholdt seg «ret til å anlegge kai» utenfor As eiendom. Kai ble først anlagt i 1970-årene og A gjorde gjeldende at klausulen var foreldet.

I følge overskjønnsretten dreide seg ikke om et tilfelle hvor «det typiske er at selve saksforholdet skal komme til opphør gjennom en viss handling (f. eks. tilbud om et pengebeløp) fra rettighetshaverens side. Det dreier seg mer om en tilstand som forutsettes å vedvare på ubestemt tid.» I følge overskjønnsretten var det nærliggende å sammenligne klausulen med en servitutt. Høyesterett sluttet seg til overskjønnsrettens resultat men med en litt annen begrunnelse:

«Uansett hvorledes man vil rubrisere den rett kommunen fikk – som en eiendomsrett eller som en bruksrett eller annen særrett over fremmed eiendom – dreier det seg etter min mening ikke om en «fordring» som er gjenstand for foreldelse etter lov av 27. juli 1896 om foreldelse av fordringer.

Jeg peker i denne forbindelse på at kommunens rett var ervervet i og med oppfyllelsen av makeskiftet. Det skulle ikke erlegges noe ytterligere fra kommunens side. På dette punkt skiller det foreliggende tilfelle seg klart fra de tilfelle som er omhandlet i Høyesteretts dommer i Rt-1923-202 og Rt-1967-715.»

Rt. 1976 s. 226 og ovennevnte Rt. 1967 s. 715 bør leses i sammenheng. I 1967-dommen hadde gårdbrukerne et krav på å kjøpe nausttomt mot å betale et vederlag på 30 kroner. I 1976-dommen hadde kommunen «ret» til å anlegge kai. Avgjørelsene kan leses slik at de

gjaldt spørsmål om foreldelse av løsningsretter.²⁴³ I løysingslova § 1 er en løsningsrett definert som en rett noen har til å overta en fast eiendom når eiendommen skifter eier eller på et senere tidspunkt. Foreldelse av løsningsretter er innrettet på samme måte som foreldelse av grunnbyrder, jf. foreldelsesloven § 27 nr. 4. Retten som hviler på eiendommen foreldes ikke.²⁴⁴ Krav som springer ut av retten er derimot gjenstand for foreldelse.²⁴⁵ Det går en linje her til dominum-testen i Sør-Afrikansk rett. *Retten* hefter på tingen og har tingen som «pliktsubjekt». *Kravet* springer ut av retten og pålegger innehaveren en plikt til å prestere en ytelse.²⁴⁶ Dommene illustrerer nettopp dette skillet mellom det tinglige og obligatoriske element i løsningsrettene. I 1967-dommen aktualiserte løsningsretten et krav, mens 1976-dommen gjaldt utøvelse av en rett som var aktualisert allerede på stiftelsestidspunktet – det skulle ikke erlegges noe ytterligere fra kommunens side.

5. I Rt. 1982 s. 722 hadde A i 1957 inngått kjøpekontrakt med sin bror B om kjøp av halvparten av hans eiendom. B døde i 1976 uten at skjøte var utstedt. A hadde i mellomtiden utført inngjerdings- og veiarbeider på eiendommen. Etter brorens død ble det tvist mellom A og brorens enke om eiendomsretten. Enken anførte bl.a. foreldelse av As rett etter kjøpekontrakten, noe Høyesterett avfeiet kort:

«Til den nye innsigelse om foreldelse vil jeg kort bemerke at kjøperen i dette tilfellet har betalt kjøpesummen og tiltrådt eiendommen ved disposisjoner som innebærer utøvelse av eierrådighet. Noen foreldelse av hans eiendomsrett kan da ikke være intrådt».

Man kan spekulere i hva utfallet ville blitt dersom A hadde betalt kjøpesummen men *ikke* tiltrådt eiendommen ved disposisjoner som innebærer utøvelse av eierrådighet. I ovennevnte Rt. 1923 s. 202 synes Høyesterett å legge til grunn erverver uten videre ville hatt rådighet

²⁴³ Jf. *Hagstrøm*, Obligasjonsrett s. 743, og vel også *Krokeide* s. 14-15.

²⁴⁴ Jf. *Hagstrøm*, Obligasjonsrett s. 743, Holdø i LoR 2013 s. 42.

²⁴⁵ *Loc.cit.*

²⁴⁶ Prinsipielt sett skulle da en løsningsrett kunne brukes flere ganger til tross for at de enkelte krav foreldes. Forutsetningen er at løsningsretten selv ikke fastsetter en bestemt frist for å gjøre retten gjeldende. Et eksempel er der far A overdrar en eiendom til sønn B med tinglyst klausul om at «sønnene C og D har forkjøpsrett ved overdragelse». B overdrar først eiendommen til utenforstående E uten at C og D gjør forkjøpsretten gjeldende. Kravet foreldes. Men hvis E senere overdrar eiendommen til F, kan man tenke seg at forkjøpsretten «våkner til live» og på ny gir C og D forkjøpsrett til eiendommen.

over tingen dersom kjøpesummen ble betalt.²⁴⁷ Og i Rt. 1976 s. 226 var det avgjørende at det ikke skulle «erlegges noe ytterligere» fra erververens side. I lys av Høyesteretts tidligere praksis kan det hevdes at betaling av kjøpesummen ville vært tilstrekkelig for å etablere en uforeldbar posisjon.

5. En avgjørelse som ikke gjaldt foreldelse, men som likevel er hyppig referert i foreldelseslitteraturen, er Rt. 1954 s. 1025.²⁴⁸ Saksforholdet var at et firma i 1915 hadde kjøpt et grunnstykke fra noen gårdbrukere. Kjøpesummen ble aldri betalt. Kjøper skulle egentlig planere og bygge ut grunnstykket, men grunnet manglene tillatelse fra offentlige myndigheter ble arbeidet oppgitt i 1916-1917. I 1943 oppstod det tvist mellom kjøper og selger om hvem som hadde eiendomsrett til grunnstykket. Kjøper hadde i mellomtiden betalt eiendomsskatt på grunnstykket, mens selger hadde slått høy og latt kyrne sine beite på eiendommen. Under prosessen for domstolene var det ikke mulig å frembringe et eksemplar av kjøpekontrakten. Denne var forsvunnet. I vurderingen av hvem som var eier av grunnstykket måtte derfor Høyesterett legge vekt på andre tolkningsmomenter, og her stod utøvelse av faktisk rådighet sentralt. Det ble lagt avgjørende vekt på at kjøpesummen ikke var betalt og at kjøper ikke hadde utøvet eksklusiv rådighet over eiendommen.

I foreldelseslitteraturen er denne avgjørelsen tatt til inntekt for at det kreves besittelsesovergang for å oppnå en uforeldbar posisjon.²⁴⁹ Som nevnt var ikke foreldelse et tema i saken. Saken var prosessuelt avgrenset til å gjelde spørsmålet om kjøper «på grunn av foreliggende rettsstiftende kjennsgjerninger allerede er eier. Det [var] ikke spørsmål om kjøper på grunnlag av kjøpekontrakten og det som ellers foreligger kan kreve å bli eier.» Avgjørelsen illustrerer likevel et viktig poeng for spørsmålet som behandles her. Man må skille mellom besittelse som (mulig) vilkår for å etablere en uforeldbar posisjon og besittelse som moment i en bevisvurdering der stiftelsesgrunnlaget er uklart.²⁵⁰ Rt. 1954 s. 1025 gjaldt kun det siste spørsmålet.

²⁴⁷ Motsatt *Skag* s. 12 note 36 som mener dommen også kan forstås slik at det avgjørende er om kjøper har fått rådighet over tingen.

²⁴⁸ Se *Kjørven mfl.* s. 84-85, *Krokeide* i LoR 2005 s. 14-16 og s. 22-23.

²⁴⁹ *Loc.cit.*

²⁵⁰ Om besittelse som bevismoment, se *Falkanger/Falkanger* s. 46 flg.

5.3.6 Sammenfatning

Spørsmålet om foreldelse ved overføring av rettigheter til ting kommer på spissen der stiftelsesgrunnlaget er innrettet som en løsningsrett. Her går det et skille mellom den tinglige retten som hviler på eiendommen, og kravet som springer ut av retten. Grensen mellom rett og krav synes å bero på om på om det gjenstår noe å prestere fra erververs side. I Rt. 1976 s. 226 var erverver i tinglig rettighetsposisjon ettersom det ikke skulle erlegges noe ytterligere fra dennes side. I Rt. 1923 s. 202 og Rt. 1967 s. 715 ble stiftelsesgrunnlaget tolket som et krav ettersom det gjenstod et vederlag og betale. Rettspraksis fraviker dermed litteraturens utgangspunkt om at *overdrager* må ha fullført hva som kreves av ham for å gjennomføre overdragelsen.

Så vidt jeg kan se, er det ikke rettskildemessig grunnlag for å operere med et krav om besittelsesovergang for å oppnå en uforeldbar posisjon. Domstolene foretar en konkret fortolkning av stiftelsesgrunnlaget. Hvis det var et vilkår om besittelsesovergang, så skulle det jo være helt unødvendig å tolke stiftelsesgrunnlaget. Man kunne bare undersøkt om besittelsen var tiltrådt. Høyesteretts tilnærming til foreldelsesproblematikken i disse tilfellene viser at partene har full avtalefrihet. Med en viss velvilje kan dette harmoniseres med forarbeidenes fullbyrdseskriterium slik at overdragelsen er «fullbyrdet» når partene forutsetter at overdragelsen er fullbyrdet.²⁵¹ Her vil momenter som betaling av kjøpesum og faktisk tiltredelse være tolkningsmomenter. Men da er det nettopp momenter for tolkningen, og ikke absolutte vilkår for å oppnå en uforeldbar posisjon.

5.4 Ugyldighet – vindikasjon eller fordring på restitusjon?

5.4.1 Problemstillingen

²⁵¹ Uttrykksmåten i Innst. 1957 s. 12 gir en viss støtte for dette når det uttales at «...*forutsetningen* som regel [er] at kontrakten er fullbyrdet ... i den forstand at erververs rådighet umiddelbart kan utøves.»

Når en avtale er ugyldig, og partene har utvekslet ytelser, skal det skje et restitusjonsoppgjør.²⁵² I relasjon til foreldelsesreglene er spørsmålet om partenes rett til restitusjon er en uforeldbar vindikasjonsrett eller en fordring på restitusjon.

I juridisk teori er det tradisjon for å anse restitusjon ved ugyldighet som en uforeldbar vindikasjonsrett.²⁵³ Dette har nylig fått støtte i en høyesterettsdom inntatt i Rt. 2012 s. 506. At ugyldighet som utgangspunkt gir rett til vindikasjon er derfor ikke tvilsomt. Det er likevel ikke gitt at ugyldighet gir vindikasjonsrett i ethvert tilfelle. I norsk rett brukes «ugyldighet» som et rettslig koblingsbegrep²⁵⁴ eller stikkordsmessig beskrivelse av ulike typetilfelle.²⁵⁵ En kan derfor ikke slutte fra «ugyldighet» til vindikasjon. Det forutsetter en nærmere rettslig undersøkelse av ulike typetilfelle og problemstillinger.

Et første spørsmål er *hvorfor* ugyldighet gir partene vindikasjonsrett. Restitusjon ved ugyldighet har i det ytre ganske store likhetstrekk med f.eks. restitusjonen i et hevingsoppgjør. Allikevel er det lagt til grunn i litteraturen at restitusjon ved heving er en «fordring» som foreldes.²⁵⁶ Denne forskjellen er relevant for oppgavens tema i et bredere perspektiv. Klarhet om de sentrale kjennetegn for ugyldighet og vindikasjon, og avgrensningen mot andre obligasjonsrettslige restitusjonsforpliktelser, kan bidra til å belyse sontringen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter mer generelt.

Det andre spørsmålet er om *typen ugyldighet* har betydning for grensen mellom vindikasjon og fordring på restitusjon. Ugyldighet har tradisjonelt vært forbeholdt mangler ved løftegivers *vilje* ved avtaleinngåelsen. Innføringen av generalklausulen i avtaleloven § 36 innebærer at også etterfølgende ubalanse i avtalen kan gi grunnlag for ugyldighet. Problemstillingen er hvordan vindikasjonsretten stiller seg i slike tilfelle.

²⁵² Se Hagstrøm, Obligasjonsrett, s. 672 flg. Se også Krokeide TfR 1982 s. 353 flg.

²⁵³ Se f.eks. *Kjørven* mfl. s. 76-77; *Hagstrøm* s. 743; *Hauge*, Ugyldighet s. 291. Slik oppfatter jeg også fremstillingene av dansk og svensk rett, se hhv. *von Eyben* s. 109 og *Lindskog* s. 86.

²⁵⁴ Sml. *Bernt/Krüger* s. 86 flg.

²⁵⁵ Hov *Avtalerett* s. 184.

²⁵⁶ *Stub Holmboe* s. 67 og *Kjørven m.fl.* s. 76.

Endelig er det et spørsmål om *arten av formuesgodet* som restitueres har betydning for vindikasjonsrettens utstrekning. I relasjon til oppgavens tema er dette et spørsmål om hva slags ting som kan gi grunnlag for en «tinglig» rett.

5.4.2 Hvorfor gir ugyldighet vindikasjonsrett?

For å undersøke dette spørsmålet er det hensiktsmessig å se nærmere på den tradisjonelle definisjonen av begrepet «ugyldighet». Ugyldighetsbegrepet er i norsk doktrine tradisjonelt blitt knyttet til underbegrepene «rettshandel» og «viljeserklæring». *Stang* definerte ugyldighet slik: «Ugyldig er viljeserklæringen når den ikke frembringer nogen rettshandelsvirkning».²⁵⁷ Området for ugyldighet var viljeserklæringen og viljeserklæringen var ugyldig når den ikke hadde rettsvirkning. Konsekvensen av denne definisjonen var at ugyldighetsgrunnen senest måtte foreligge på følgende tidspunkt:²⁵⁸

«... i det øieblikk viljeserklæringen får tilværelse. Tilstøter der senere viljeserklæringen noget, og bringer den derved av dage, er den opphørt efter å ha eksistert; den er ikke derved blitt ugyldig.

Stangs definisjon av ugyldighet skulle få nokså stor innflytelse på avtaleloven av 1918 og kapitel 3 «Om ugyldige viljeserklæringer».²⁵⁹ Sammen med enkelte av habilitetsmanglene, som f.eks. umyndighet, har avtl. §§ 28-33 tradisjonelt dannet kjernen i den avtalerettslige ugyldighetslære.²⁶⁰ Det er særlig tre kjennetegn ved denne typen ugyldighet som har betydning for vindikasjonsspørsmålet:

1. Ugyldighetsspørsmålet knytter seg til disposisjonen som sådan («viljeserklæringen»)
2. Ugyldighetsgrunnen har karakter av en viljesmangel.²⁶¹

²⁵⁷ Innledning s. 519.

²⁵⁸ Innledning s. 520.

²⁵⁹ *Stang* var formann i den nordiske komiteen som utarbeidet utkastet til nordisk avtalelov.

²⁶⁰ *Hauge* s. 127.

²⁶¹ Se f.eks. avtl. § 30 som gjelder viljeserklæringer «fremkaldt ved svig».

3. Ugyldighetsvurderingen knytter seg til avtaleinngåelsen.²⁶²

Felles for habilitets- og tilblivelsesmanglene er det foreligger en mangel ved løftegivers *evne* eller *vilje* til å binde seg rettslig. Videre foreligger mangelen allerede på tidspunktet for avtaleinngåelsen. Ved ugyldige eiendomsrettsoverdragelser følger vindikasjonsretten av at eiendomsretten aldri har passert fra løftegiver til adressat. Overdragelsen anses for aldri å ha funnet sted.²⁶³ Til tross for besittelsesovergang innebærer ugyldigheten at løftegiver anses som eier av tingen.

Det ovennevnte kan belyse hvorfor ugyldighet gir vindikasjonsrett, mens f.eks. heving kun stifter restitusjonsforpliktelser. Ugyldighet retter seg mot avtaler som er ugyldige allerede fra avtaleinngåelsen av, mens heving suspenderer forpliktelsene i en bindende inngått avtale. I juridisk teori er det vanlig å betegne denne sontringen med dikotomien *ugyldige* og *uvirksomme* avtaler. *Woxholt* definerer *uvirksomme* avtaler som «avtaler som er bindende inngått, men hvor pliktene senere endres, suspenderes eller opphører. Dette står i motsetning til avtaler som er ugyldige fra begynnelsen av.»²⁶⁴ I svensk rett er sontringen mellom ugyldighet og *uvirksomhet* fremhevet av bl.a. *Lehrberg*.²⁶⁵

«Rättsverningarna av överksamhet skiljer sig däremot i flera betydelsefulla avseenden från rättsverkningarna av ogiltighet. Typiskt sett gäller således att anspråk på grund av ogiltighet inte preskriberas och att ett sådant kan få sakrättslig verkan i konflikt med andra sakrättsliga anspråk, medan motsatsen är utgångspunkten när det gäller anspråk på grund av överksamhet. Det sammanhänger med att ett anspråk på grund av överksamhet formellt grundar sig på avtalet, medan ett anspråk på grund av ogiltighet grundar sig på att det rättsläge som gällde före avtalslutet är oförändrat.»

Begreppsparet *ugyldige* og *uvirksomme* avtaler synes å bygge på et skille som i hvert fall kan minne om en sontring mellom tinglige og obligatoriske rettigheter. Ved ugyldighet grunnes vindikasjonsretten på at løftegiver anses som eier av formuesgodet som kreves restituert. Ved

²⁶² For habilitetsmanglene følger det allerede at løftegiver mangler dispositiv kompetanse. For tilblivelsesmanglene følger det av at avtl. §§ 28-33 refererer seg til «viljeserklæringen».

²⁶³ Avtl. §§ 28-33 sier at viljeserklæringen «binder ikke».

²⁶⁴ Avtalerett s. 287.

²⁶⁵ Avtalsrättens grundelement, s. 181-182.

uvirksomhet stiftes det obligatoriske forpliktelser med basis i en bindende kontrakt. Hvilken betydning avtl. § 36 har for dette skillet behandles nedenfor under pkt. 5.4.3.

Spørsmålet om ugyldighet, foreldelse og vindikasjon var oppe for Høyesterett i Rt. 2012 s. 506. Saksforholdet var at A hadde overdratt en fast eiendom til selskap B. As arvinger reiste krav om tilbakeføring med påstand om at A var dement på tidspunktet for overdragelsen. Foreldelsesspørsmålet ble skilt ut til egen behandling. Retten la prejudisielt til grunn at overdragelsen var ugyldig etter læren om ugyldighet som følge av alvorlig sinnslidelse. Spørsmålet var om kravet på tilbakeføring var en «fordring» og dermed gjenstand for foreldelse etter fl. § 1.

I følge førstvoterende var det utvilsomt at «en eiers vindikasjonskrav ... ikke foreldes». Spørsmålet var om «dette utgangspunktet kan opprettholdes når det reises krav om tilbakeføring av en eiendom som er overdradd i henhold til en avtale som forutsetningsvis er ugyldig fordi avhenderen mangler rettslig handleevne».

Etter førstvoterendes oppfatning ga verken lovens ordlyd eller tidligere rettspraksis noen veiledning for spørsmålet. Han slutter seg til forarbeidsuttalelsen om at «tinglige rådighetsretter» ikke foreldes, men fremhever at sontringen «ikke er klar».

Juridisk teori stod helt sentralt i avgjørelsen. Førstvoterende viser til uttalelser fra bl.a. *Stub Holmboe, Augdahl, Arnholm og Hagstrøm*. Samtlige forfattere la til grunn at vindikasjonsretten ikke foreldes, og at ugyldighet gir grunnlag for vindikasjon. Det var da, «på bakgrunn av det som synes å ha vært den alminnelige oppfatning av gjeldende rett, nærliggende å forstå det jeg har gjengitt fra forarbeidene slik at eiers vindikasjonsrett etter å ha gjennomført en overdragelse av fast eiendom basert på ugyldig avtale, ikke foreldes». Han konkluderer slik:

«Min konklusjon er etter dette at overdragers restitusjonskrav overfor den som har ervervet gjenstanden ved en avtale som ikke er bindende for overdrageren ikke foreldes, er et utslag av en innarbeidet rettstradisjon, synes forutsatt av lovgiver og har hatt alminnelig tilslutning i teorien over lang tid. Jeg kan ikke se at det er noen grunn til å fravike denne forståelse av foreldelsesloven.»

Annenvoterende hadde et særvotum uten å oppta dissens. Ut fra en «realbetraktning» var det i følge hans oppfatning

«atskillig som kunne tale for å anse et restitusjonskrav på grunn av en ugyldig kjøpsavtale som en «fordring på restitusjon » i forhold til foreldelsesloven, hva enten det er selger eller kjøper som påberoper seg ugyldighet. Om det som utgangspunkt foreligger et slik restitusjonskrav beror jo på om det foreligger ugyldighet og ikke på hva slags objekt det er tale om å restituere.»

Han innså imidlertid at det

«... synes å være en nokså langvarig og alminnelig rettsoppfatning at selgers krav på restitusjon ved en ugyldig avtale ikke er gjenstand for foreldelse. Selv om dette standpunkt har vært begrunnet i betraktninger omkring sontringen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter, som ikke primært synes å være utviklet med sikte på foreldesspørsmålet, er jeg på bakgrunn av fastheten i det rettsmateriale som førstvoterende har vist til, blitt stående ved ikke å oppta noen dissens.»

Denne avgjørelsen har noen interessante trekk når det gjelder problemstilling og rettskildebruk. Førstvoterende spør f.eks. ikke om As rett til restitusjon er en «fordring» som omfattes av foreldelsesloven. Han viser heller til at vindikasjonsretten ikke foreldes og spør om dette utgangspunktet kan *oppretholdes*. Det tyder på at rettsspørsmålet i saken de lege lata ikke var spesielt tvilsomt. Det var heller et spørsmål om Høyesterett skulle endre kurs.

Når Høyesterett likevel kom til at løftegivers vindikasjonsrett ikke foreldes forankres det i to forhold. Det første er forarbeidenes oppfatning om at «tinglige rådighetsretter» ikke foreldes. Det andre var at læren om ugyldighet og vindikasjon var utslag av en «innarbeidet rettstradisjon». Høyesterett synes dermed å slutte seg til tanken om at eiendomsretten ved ugyldighet ikke har gått over mellom partene. Dette inntrykket forsterkes av at førstvoterende omtales restitusjonen som et «krav ... basert på eiendomsrett» (avsnitt 31).

Sontringen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter trumfet det annenvoterende omtaler som en «realbetraktning». Med «realbetraktning» siktes det kanskje til at det reelt sett ikke er noen forskjell mellom vindikasjon og en fordring på restitusjon. I det ytre dreier det seg om et krav mellom to personer. De hensyn som taler for foreldelse av fordringer – bevishensyn, status quo, innrettelse etc. – taler med samme styrke for at vindikasjonsretten foreldes. Høyesterett la likevel, etter mitt skjønn med rette, avgjørende vekt på at løftegiver måtte regnes som eier og ikke fordringshaver. Slik sett illustrerer avgjørelsen et metodisk og materielt poeng tidligere fremhevet i oppgaven, nemlig at grensen mellom foreldbare og uforeldbare posisjoner må trekkes ut fra en analyse og tolkning av rettighetsposisjoner. I denne vurderingen trer de reelle hensyn i bakgrunnen.

5.4.3 Vindikasjon og ulike ugyldighetsgrunner – særlig om avtalelovens § 36.

Det er vanlig å dele inn ugyldighetsgrunnene i tre kategorier:²⁶⁶

1. Habilitetsmangler (manglende rettslig handleevne pga. sinnslidelse eller umyndighet)
2. Tilblivelsesmangler (mangler ved løftegivers vilje til å binde seg rettslig, f.eks. tvang, svik, uredelighet etc.)
3. Innholdsmangler (avtalens innhold i strid med lov, urimelig innhold etter avtl § 36, etc.)

Koblingen mellom ugyldighet og vindikasjon utgår fra habilitets- og tilblivelsesmanglene. Som nevnt overfor kan vindikasjon for disse ugyldighetsgrunnene hjemles i at overdragelsen er ugyldig allerede fra avtaleinngåelsen av. Innholdsmanglene står i en litt annen stilling. Jeg sikter da særlig til avtl. § 36 og ugyldighet som følge av «senere inntrådte forhold». I denne situasjonen vil det være en fase mellom avtaleinngåelsen og det «senere inntrådte forhold». I denne fasen kan det ha funnet sted en gyldig rettighetsoverføring mellom partene. Annerledes ved habilitets- og tilblivelsesmanglene hvor avtalen er ugyldig allerede fra avtaleinngåelsen av. Det tilsier at læren om ugyldighet og vindikasjon ikke uten videre har overføringsverdi til situasjoner hvor senere inntrådte forhold medfører ugyldighet, jf. avtl. § 36.

Sondring mellom ugyldighetsbasert vindikasjon og fordring på restitusjon er ovenfor forklart gjennom begrepsparet ugyldighet og uvirksomhet. Utfordringen med avtl. § 36 er at bestemmelsen går på tvers av dette skillet.²⁶⁷ Bestemmelsen gir anvisning på en skjønnsmessig rimelighetsvurdering. Forhold før, under og etter avtaleinngåelsen kan danne grunnlag for ugyldighet – eventuelt i en kombinasjon. Mens ugyldighet etter avtl. §§ 28-33 normalt er ensbetydende med total ugyldighet («binder ikke den»), åpner

²⁶⁶ Et annet inndelingsgrunnlag er skillet mellom sterke og svake ugyldighetsgrunner. Sterke ugyldighetsgrunner kan påberopes overfor en godtroende adressat, f.eks. grov tvang eller at løftegiver er umyndig. Svake ugyldighetsgrunner kan bare gjøres gjeldende overfor ondtrøende adressat, se f.eks. avtl. § 33. Enkelte sterke ugyldighetsgrunner kan gjøres gjeldende mot adressatens godtroende suksessorer, jf. godtroervervloven § 2 og tinglysingsloven § 27(2). Det er likevel ingen nødvendig sammenheng mellom skillet sterk/svak ugyldighet og de tingsrettslige virkningene av ugyldighet. Det illustreres bl.a. av at også svake ugyldighetsgrunner kan gjøres gjeldende mot adressatens beslagleggende kreditorer. Skillet mellom sterke og svake ugyldighetsgrunner begrenser først og fremst den avtalerettslige virkningen av ugyldighet mellom partene.

²⁶⁷ Slik også Hauge s. 83.

§ 36 både for total tilsidesettelse og revisjon. Tradisjonelle inndelingsgrunnlag som ugyldighet og uvirksomhet gir derfor begrenset veiledning for vindikasjonsspørsmålet.

Rettsvirkningen i avtl. § 36 er at avtalen «helt eller delvis kan settes til side». Ordlyden løser ikke spørsmålet om ugyldighet grunnet senere inntrådte forhold gir vindikasjonsrett eller fordring på restitusjon. Spørsmålet heller ikke drøftet i forarbeidene.²⁶⁸ I litteraturen legger *Kjørven mfl.* til grunn at løftegiver ikke vindiserer fordi «... det kan være grunn for å si det har skjedd en overføring av eiendomsretten. Dersom den etterfølgende ugyldighetsgrunn gir grunnlag for å få gjenstanden eller eiendommen tilbake, kan det være grunn til å anse denne typen krav å falle utenfor vindikasjonsreglene.»²⁶⁹

I mangel av autoritative kilder må en falle tilbake på utgangspunktet og begrunnelsen for at ugyldighet gir rett til vindikasjon. Vindikasjon forutsetter 1) at løftegiver har eiendomsrett til formuesgodet som kreves restituert. Det forutsetter igjen 2) at eiendomsretten ikke har passert fra løftegiver til adressat. Hvorvidt eiendomsretten har gått over mellom partene beror 3) på om avtalen er ugyldig allerede fra avtaleinngåelsen av eller om den kjennes ugyldig på et senere tidspunkt. For avtl. § 36 leder dette frem til en grovkategorisering av tre ulike typetilfelle:

Første typetilfelle er der avtalen kjennes ugyldig grunnet «senere inntrådte forhold». Det er riktignok vanskelig å finne eksempler i rettspraksis på at senere inntrådte forhold isolert sett leder til tilsidesettelse av avtalen i sin helhet. Domstolene vil heller revidere avtalen for å gjenopprette ubalansen i avtaleforholdet, eksempelvis ved å justere vederlaget med virkning ex nunc. Det er likevel ikke utenkelig at det kan oppstå spørsmål om restitusjon og vindikasjon ved ugyldighet grunnet senere inntrådte forhold. Et eksempel er såkalt «sosial force majeure», dvs. endringer i sosiale eller personlige forhold etter avtaleinngåelsen som innebærer at avtalen settes til side i sin helhet.²⁷⁰ I disse tilfellene er jeg enig med *Kjørven m. fl.* i at det er vanskelig å forene ugyldighet med vindikasjonsrett. Koblingen mellom ugyldighet og vindikasjon hviler på en tanke om at forholdene ved avtaleinngåelsen gjør

²⁶⁸ Ot.prp. nr. 5(1982-1983) s. 38 flg. drøfter om det gjelder en berikelsesbegrensning ved restitusjon av penger, typisk overpris. Ved hel tilsidesettelse av avtalen er oppfatningen i teorien at det skal skje en restitusjon, men det er vanskelig å finne uttalelser om det rettslige grunnlaget for restitusjonen, se f.eks. Giertsen *Avtaler* s. 228 og Huser, *Avtalesensur*, s. 50-54.

²⁶⁹ *Kjørven m.fl.* s. 78.

²⁷⁰ Se *Hagstrøm*, *Obligasjonsrett* s. 302.

avtalen ugyldig slik at overdragelsen anses for aldri å ha funnet sted. Ved ugyldighet grunnet «senere inntrådte forhold» er det ikke noe galt ved avtaleinngåelsen eller rettighetsoverdragelsen, men avtalebalansen i ettertid. Dermed svikter begrunnelsen for å la løftegiver vindisere. Etter mitt skjønn må det for dette typetilfellet innebære at tilsidesettelse av avtalen under avtl. § 36 stifter en fordring på restitusjon.

Det andre typetilfellet er der avtl. § 36 konsumerer en eller flere av ugyldighetsgrunnene i avtl. §§ 28-33. Bestemmelsen åpner for dette ved at det skal tas hensyn til «forholdene ved avtalens inngåelse». Et eksempel er der adressaten ved avtaleinngåelsen uredelig holder tilbake vesentlige opplysninger. Forholdet omfattes i prinsippet både av avtl. § 33 og § 36. Det kan være tilfeldig hvilken bestemmelse som påberopes som grunnlag for ugyldighet. Vindikasjonsretten bør da stå i samme stilling under avtl. § 36 som den ville gjort under § 33.

Det tredje og siste typetilfellet er der ingen av momentene i avtl. § 36 i seg selv kvalifiserer for ugyldighet, men at momentene ut fra en samlet bedømmelse gjør avtalen «urimelig». Det kan være at adressaten har holdt tilbake opplysninger ved avtaleinngåelsen kombinert med at etterfølgende omstendigheter gir avtalen et ubalansert innhold. Disse tilfellene er vanskelig å bedømme rent tingsrettslig. Vindikasjonsspørsmålet kunne vært avhengig av hvilket moment – avtaleinngåelsen eller etterfølgende ubalanse – som var mest fremtredende. En slik oppdeling kan bli kunstig ettersom avtl. § 36 legger opp til en skjønnsmessig helhetsvurdering. Her må en kanskje forbeholde vindikasjonsrett for tilfeller hvor forholdene ved avtaleinngåelsen passerer terskelen i avtl. §§ 28-33. Det er nok at forholdene ved avtaleinngåelsen alene gir grunnlag for ugyldighet – altså at der man også støtter seg på en etterfølgende utvikling har det i utgangspunktet skjedd en overgang av eiendomsretten.

Oslo tingretts dom i Pushwagnersaken.²⁷¹ kan kanskje tolkes i samme retning. En billedkunstner hadde overdratt hele sin kunstproduksjon til sin mesen («velgjører»). Retten kom til at overdragelsen var ugyldig i sin helhet etter avtl. § 36. Retten vektla at kunstneren pga. rusmisbruk var en svak avtalepart, som mesen hadde benyttet til sin fordel slik at det var blitt et urimelig misforhold mellom ytelsene. Til spørsmålet om foreldelse la retten til grunn at «krav på ting som utelukkende bygger på eiendomsrett, ikke er gjenstand for foreldelse ... Det er tilfellet her, der bildene kreves tilbake fordi de er kommet ut av As besittelse som følge av en ugyldig overdragelse.»

²⁷¹ TOSLO-2009-10444

5.4.4 Har objektet for restitusjonen betydning for grensen mellom obligatorisk restitusjon og tinglig vindikasjon?

Med «objektet for restitusjonen» sikter jeg til løsøre og fast eiendom på den ene siden, og penger (enten fysiske penger eller kontopenger) på den andre siden. Overfor under pkt. 5.2.3 er det hevdet at penger ikke står i noen særstilling når det gjelder den rettslige bedømmelsen av grensen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter. Det er rettsgrunnlaget for restitusjonen som bestemmer om man står overfor en foreldbar fordringsrett eller uforeldbar vindikasjonsrett. Forskjellen mellom penger og andre ting er at penger rent faktisk er særlig utsatt for å tape sin identitet, enten ved sammenblanding eller forbruk, jf. spesialitetsvilkåret.

I litteraturen legger enkelte forfattere til grunn at koblingen mellom ugyldighet og vindikasjon er forbeholdt restitusjon av bestemte gjenstander. *Røed* skriver at:²⁷²

«Bergsåker har derimot gitt uttrykk for at det restitusjonskrav som oppstår ved ugyldighet er et vindikasjonskrav som ikke er gjenstand for foreldelse overhodet.²⁷³ Dette kan imidlertid bare gjelde i de tilfeller det er snakk om restitusjon av gjenstander. Høyesterett har i Rt. 1925 s. 633, i forhold til den gamle foreldelseslov, lagt til grunn at restitusjon av penger er gjenstand for foreldelse. Det samme må gjelde etter den nye loven.»

Under overskriften «ugyldighet» uttaler *Kjørven m.fl.* at:²⁷⁴

«Hovedregelen må være at restitusjonskrav knyttet til penger er gjenstand for foreldelse. I eldre rettspraksis finnes det også eksempler på at restitusjonskravet knyttet til penger er forutsatt å være gjenstand for foreldelse, jf. Rt. 1931 s. 1185 og Rt. 1932 s. 481.»

Kjørven m.fl. er noe mer forbeholden enn *Røed* idet forfatterne likevel åpner for vindikasjon i visse tilfelle. I forlengelsen av sitatet uttales det at «[d]ersom restitusjonskravet oppfyller vilkårene for vindikasjon av penger, vil dette etter min mening ikke være gjenstand for

²⁷² *Røed* s. 160

²⁷³ *Røed* viser her til et upublisert foredrag av Bergsåker fra 1997.

²⁷⁴ *Kjørven m.fl.* s. 77.

foreldelse.»²⁷⁵ Det er derfor ikke helt lett å se om «hovedregelen» *Kjørven m.fl.* oppstiller gjelder obligatoriske restitusjonsforpliktelser (i så fall er regelen åpenbar) eller om forfatterne mener at penger ikke kan vindiseres ved ugyldighet (i så fall er sitatene motstridende).

Også *Hauge* synes å trekke et skille mellom restitusjon av penger og restitusjon av gjenstander:²⁷⁶

«Avgjørelsene i Rt.1931.1185. Rt.1932.481 og Rt.1939.321 synes å bygge på at restitusjonskrav ved ugyldighet er gjenstand for foreldelse. Løftegivers ugyldighetskrav var i disse tilfeller et pengekrav. Mer usikkert kan det være hvordan det stiller seg ved krav om tilbakeføring av en bestemt ytelse. I forhold til løftemottakers kreditorer vil løftegiver i slike tilfeller, i alle fall som hovedregel, ha et vindikasjonskrav. Gode grunner kan tale for at krav på tilbakeføring av bestemt ytelse heller ikke er gjenstand for foreldelse....»

I likhet med *Kjørven m.fl.* er det uklart om Hauge skiller mellom vindikasjonsrett og pengekrav, eller om hun mener at restitusjon av penger ved ugyldighet per definisjon er et pengekrav. Det virker i alle tilfelle som om disse forfatterne mener ugyldighet ikke gir grunnlag for å etablere en tinglig rett i penger. I så fall er ikke sontringen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter en sontring mellom *rettigheter*, men en sontring bestemt etter objekter. Det gjør det nødvendig å se nærmere på den rettspraksis forfatterne viser til.

Rt. 1925 s. 633, som *Røed* viser til, gjaldt krav om tilbakebetaling av fraktforskudd etter et skipsforlis. I følge Høyesterett hadde restitusjonskravet «direkte hjemmel i certerpartiets bestemmelse om hyrens forskuddsvis betaling og er ... saaledes uttrykkelig hjemlet ved klausul 18 i certerpartiet». Saken gjaldt altså et kontraktsfestet tilbakebetalingskrav. Verken ugyldighet eller vindikasjon var et tema i saken.

I Rt. 1931 s. 1185 hadde A som en vennetjeneste for B påtatt seg å skaffe B en aksjepost til billigst mulig pris. A kjøpte imidlertid aksjene i eget navn og overdro aksjeposten til B for en betydelig overkurs. Overdragelsen ble kjent ugyldig som svik etter avtl. § 30. Om foreldelse ble det uttalt at «[Bs] krav er umiddelbart hjemlet i loven, nemlig avtaleloven § 30, og gaar du paa restitusjon av et beløp, som [B] var uforpliktet til at betale. Et saadant krav maa antas at foreldes i 10 aar overenstemmende med foreldelsesloven § 3, jf. Rt. 1930 s. 544».

²⁷⁵ *Loc.cit.*

²⁷⁶ Hauge, ugyldighet s. 304

I Rt. 1932 s. 481 hadde en russisk kjøper av kull deponert gullrubler i en norsk bank til dekning av kjøpesummen. Etter avtale med selgeren skulle banken åpne remburs («letter of credit») i New York til dekning av kjøpesummen. Grunnet likviditetsproblemer solgte banken gullrublene til seg selv for underpris, uten kjøpers kunnskap, slik at banken fikk bedre provisjon enn forutsatt. Kjøper gjorde senere gjeldende at banken hadde opptrådt uredelig og krevde restitusjon av bankens gevinst. I mellomtiden hadde banken gått konkurs. Høyesterett la til grunn at kjøpers aksept av bankens rubelsalg var ugyldig etter avtl. § 33. Deretter uttales det:

«Centrosojus[kjøper] vilde efter dette hatt adgang til mot restitusjon av kjøpesummen at fordre rublene utlevert av Handelsbankens likvidasjonsbo, jfr. Ussing side 108. At dette utleveringskrav istedet i processen er blitt formulert som et krav paa tilbakeføring av den kursfortjeneste som rubelkjøpet bragte banken, bør efter min mening ikke bringe kravet inn under den for skadeserstatning i almindelighet gjeldende tre aars foreldelsesfrist.»

I Rt. 1939 s. 321, som *Hauge* viser til, fremmet kjøper av en skogeiendom et *erstatningskrav* mot selger fordi selger svikaktig hadde vist til en uriktig vekstberegning før salget. Ugyldighet var aldri et tema i saken. I dommen danner selgers svikaktige opptreden grunnlag for å operere med en utvidet foreldelsesfrist etter foreldelsesloven av 1896 § 7 første ledd. Etter denne bestemmelsen begynte foreldelsesfristen først å løpe tre år etter at kreditor fikk kunnskap om kravet såfremt uvitenheten skyldtes debtors svik. *Hauge* synes å blande sammen svik som grunnlag for ugyldighet (avtl. § 30) og svik som grunnlag for subjektivt startpunkt for foreldelsesfristen (fl. 1897 § 7 første ledd).

De ovennevnte dommer gjelder i begrenset utstrekning spørsmål om ugyldighet og vindikasjon. Rt. 1925 s. 633 gjaldt et avtalebestemt tilbakebetalingskrav, Rt. 1932 s. 481 gjaldt krav om vinningsavståelse og Rt. 1939 s. 321 omhandlet et erstatningskrav. At slike krav foreldes følger allerede av ordlyden i fl. § 1.

Det er først og fremst Rt. 1931 s. 1185 som kan gi støtte for en sontring mellom restitusjon av penger og andre gjenstander. Her forutsetter Høyesterett at kjøpers rett til restitusjon av kjøpesummen etter avtl. § 30 omfattes av foreldelsesloven. Samtidig er vindikasjon av penger verken påberopt eller problematisert i denne avgjørelsen.²⁷⁷ Uttalelsen er heller ikke forenlig

²⁷⁷ Slik også *Kjørven m.fl.* s. 77.

med Rt. 1932 s. 481 hvor Høyesterett sier at kjøper, dersom kravet var formulert som et restitusjonskrav, ville hatt vindikasjonsrett overfor bankens konkursbo.²⁷⁸

I Rt. 2012 s. 506 var det også vist til eldre avgjørelser som forutsetter at restitusjon av penger ved ugyldighet foreldes. Førstvoterende kunne ikke se at «disse avgjørelsene, som alle gjelder ordinære pengekrav, har vekt for løsningen av foreldelsesspørsmålet for krav på restitusjon av eiendom eller spesifisert løsøregjenstand basert på eiendomsrett. (uth. her)» Uttalelsen angår ikke direkte vindikasjon av penger. Det trekkes likevel et skille mellom «ordinære pengekrav» og «krav på restitusjon ... basert på eiendomsrett». Her får man i hvert fall frem at det er rettsgrunnlaget for restitusjonen som avgjør om det inntreffer foreldelse. Det stemmer godt med det som ellers gjelder for vindikasjon av penger. Penger kan vindiseres men de kan også være gjenstand for obligatoriske krav. Hvis det er slik at penger ikke kan vindiseres ved ugyldighet *fordi* det dreier seg om penger, skulle det jo være umulig å vindisere penger også i andre tilfeller enn ved ugyldighet. Det er ikke tilfellet, jf. pkt. 5.2.3 over, og det er vanskelig å se at det er rettskildemessig grunnlag for å sette penger i en særstilling akkurat for tilfeller av ugyldighet.

Konklusjonen er at objektet for restitusjonen er uten betydning for grensen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter – også for tilfeller av ugyldighet.

Det foregående viser at litteraturen blander sammen restitusjonsforpliktelser og vindikasjonsrett med til dels misvisende henvisninger til rettspraksis (*Rød, Hauge*). Jeg tror sammenblandingen skyldes at disse forfatterne bruker «restitusjonskrav» som et terminologisk overbegrep for hhv. restitusjonsforpliktelser (vinningsavståelse, erstatning, tilbakebetaling etc.) og vindikasjon. Det samme gjør Høyesterett i Rt. 2012 s. 506. Siden de to rettighetskategorier har forskjellig rettslig grunnlag – fordringsrett og eiendomsrett - bør de ikke gå under samme betegnelse. Begrepsmessig bør man heller tale om *restitusjonskrav* og *vindikasjonsrett*.

²⁷⁸ Avgjørelsen kan også forstås slik at kjøper kunne vindisere fordi rublene var *deponert* hos banken. Høyesterett viser imidlertid til *Ussing*, Aftaler s. 108 som belegg for uttalelsen om vindikasjonsrett. *Ussing* uttaler her at «Hvis en overdragelsesretshandel rammes av af § 33, maa det derfor antages, at den erlagte Genstand af Overdrageren kan kræves udleveret fra Mekontrahentens Konkursbo.» Høyesteretts uttalelse om vindikasjon synes derfor forankret i ugyldighet og ikke deponi.

5.5 Sammenfatning

Fordringsbegrepet i fl. § 1 forutsetter et skille mellom rett *i* ting og krav mellom personer. Denne sontringen går igjen i reglene om kreditorenes beslagsrett i hjemmelsmannskonflikten. Foreldelsesloven § 1, og til dels også dekl. § 2-2, har derfor klare likhetstrekk med sontringen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter. At fl. § 1 bygger på et slikt skille erkjennes åpent både i forarbeider, rettspraksis og juridisk teori. I dekl. § 2-2 ligger sontringen i større grad som et uuttalt premiss bak reglene. Konkurslitteraturen har derfor måttet ty til en del kunstige grep for å «komme seg rundt» sontringen, bl. a. ved å snakke om skyldnerens «plikt» i stedet for hjemmelsmannens «rett».

Samtidig er fl. § 1 i norsk rettsvitenskap gjort unødvendig komplisert av to forhold. Det første er «advarselen» mot «å bygge direkte på sontringen» ved avgrensningen av lovens fordringsbegrep, slik det bl.a. gjengis fra litteraturen i Rt. 2012 s. 506. Man får inntrykk av at sontringen er en slags skjult, mystisk størrelse som befinner seg på et metanivå utenfor loven selv. Jeg har forsøkt å påvise at fl. § 1 er et spørsmål om rettighetsposisjoner som må fastlegges gjennom en tolkning. Denne tolkningen er ikke noe annerledes enn alminnelig kontraktstolking. «Advarselen» mot å bygge direkte på sontringen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter fremstår derfor som ganske meningsløs.

Ved overdragelse av ting har litteraturen skapt unødvendige vanskeligheter ved å innfortolke et delingsprinsipp i fl. § 1. Etter mitt syn er det et sidespor å formulere foreldelsesspørsmålet som et spørsmål om eiendomsrettens overgang. Det er retten til *oppfyllelse* som foreldes, jf. § 1 jf. § 24. Hva retten består i, på et gitt tidspunkt i en overdragelsesprosess, må fastlegges gjennom en tolkning av rettsgrunnlaget for overdragelsen. Som påvist har heller ikke rettspraksis operert med noe delingsprinsipp.

6 Conductio indebiti

6.1 Problemstillingen

Så langt i oppgaven er det sett på rettsregler som forutsetter et skille mellom ulike rettighetsposisjoner. I dette kapitlet skal jeg se på grensen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter på stadiet hvor rettigheter oppstår, illustrert gjennom *condictio indebiti*.

Condictio indebiti er i norsk rett utviklet i et samspill mellom rettspraksis og juridisk teori.²⁷⁹ Regelen er tradisjonelt formulert slik at en betaler som legger til grunn en betalingsplikt, men tar feil av pliktens eksistens eller omfang, etter en nærmere vurdering kan ha rett til å kreve betalingen tilbake.²⁸⁰ Spørsmålet er om betaler har vindikasjonsrett eller om *condictio indebiti* stifter et obligatorisk tilbakebetalingskrav.

Problemstillingen kan også ses som et spørsmål om *condictio indebiti* overhodet stifter et krav.

Vindikasjonsrett forutsetter at betaler har eiendomsrett til det som er betalt. I så fall stiftes det ikke noe krav – mottakers rett til å kreve pengene tilbake følger allerede av at pengene tilhører ham.

De siste årene har det vært en utvikling i rettspraksis når det gjelder anvendelsesområdet for *condictio indebiti*. Det er derfor nødvendig og konkretisere hva slags betalingssituasjoner man står overfor her (punkt. 6.2). I punkt 6.3 skal jeg presentere noen utgangspunkter og teorier om *condictio indebiti* som hhv. tinglig og obligatorisk rett, før dette holdes opp mot typetilfeller og rettskildemateriale i punkt 6.4 og 6.5.

6.2 Kort om anvendelsesområdet for *condictio indebiti*

²⁷⁹ Den grunnleggende fremstilling i norsk rett er *Arnholms* avhandling i Streiftog, s. 125 flg. Se også *Hagstrøm*, *Obligasjonsrett* s. 679 flg.

²⁸⁰ Jf. *Arnholm*, *op.cit.* s. 173. Se også pkt. 6.3 nedenfor.

Condictio indebiti har tradisjonelt vært forbeholdt tilfeller hvor betaler har lagt til grunn en betalingsplikt, men tatt feil av pliktens eksistens eller omfang.²⁸¹ Selve vurderingen – vilkåret for tilbakebetaling – beror på en avveining av to vanligvis motstående hensyn: feil bør rettes opp (korreksjonshensynet) mot hensynet til at ting bør forbli som de er (oppgjørshensynet).²⁸²

Nyere høyesterettspraksis har myket opp anvendelsesområdet for *condictio indebiti*. I Rt. 1985 s. 290 fremholdes det som «et grunnleggende trekk i læren om *condictio indebiti* at hvert tilfelle skal vurderes konkret og under hensyn til rimelighet.». I Rt. 1989 s. 989 brukes denne uttalelsen som belegg for å anvende *condictio indebiti* til tross for at betaler ikke var i villfarelse. Situasjonen var her at bank A innfridde Bs lån overfor C i tillitt til at B ville betale banken tilbake. I Rt. 2001 s. 1580 tar Høyesterett steget helt ut og uttaler at «det ikkje kan byggjast på eit formelt *condictio indebiti*-omgrep.» Spørsmålet var her om borettslag H kunne kreve tilbakebetalt et pengebeløp borettslagets forretningsfører A med urette hadde overført til byggmester Bs bankkonto. Høyesterett(4-1) kom til at borettslaget kunne kreve pengene tilbake fra byggmesteren i medhold av *condictio indebiti*.

I teorien er det enighet om at Rt. 2001 s. 1580 skulle vært løst som en tredjemannskonflikt.

²⁸³Utgangspunktet var at H kunne vindisere de underslåtte pengene fra A. Når A brukte pengene til å betale B skulle B ekstingvert Hs vindikasjonsrett – så fremt B var i god tro. Mindretallet på en dommer ville løse konflikten som en tredjepersonskonflikt. Han identifiserte B med A (A var forretningsfører både for H og B) og kom til at vilkåret om god tro ikke var oppfylt.

Med et «uformelt» *condictio indebiti*-begrep kan det i prinsippet statueres tilbakesøking i ethvert tenkelig betalingstilfelle.²⁸⁴ Krav om tilbakesøking vil derfor kunne ha et varierende rettslig grunnlag. I Rt. 2010 s. 816 brukes f.eks. *condictio indebiti* som belegg for å innfortolke en klausul om tilbakebetaling av for mye betalt avgift i en vannkraftavtale. Et slikt

²⁸¹ Dette er den romerrettslige definisjon, jf. Zimmermann, *The Law of Obligations* s. 848-849. Denne definisjonen var lenge rådende i norsk rett, se *Arnholm*, *Streiftog* s. 173 som omtaler *indebitum* og villfarelse som «almindelige betingelser» for *condictio indebiti*.

²⁸² Jf. eksempelvis Rt. 2008 s. 738 hvor disse hensynene fremheves eksplisitt.

²⁸³ Jf. *Tørum* i JV.2002.314 på s. 334-338, *Lilleholt*, Når rettskjeldene bryt med systemet i privatretten (foredrag), publisert på <http://folk.uio.no/kaareli/Publisering/Systemet.htm>.

²⁸⁴ At domstolene bør utvise varsomhet her, bl.a. av hensyn til endelig oppgjør og forutberegnelighet, er en annen sak.

krav er klart nok obligatorisk.²⁸⁵ Rt. 2001 s. 1580 anvender Høyesterett *condictio indebiti* i en situasjon hvor betaler hadde vindikasjonsrett. Det «uformelle» *condictio indebiti*-begrepet vil derfor både omfatte tinglige rettigheter og kunne gi grunnlag for obligatoriske krav.

Felles for disse dommene er at saksforholdet lå på siden eller utenfor den tradisjonelle *condictio indebiti*-situasjonen. Av hensyn til omfanget av denne oppgaven, samt et noenlunde håndterbart vurderingstema, vil den videre drøftelse konsentrere seg om den tradisjonelle *condictio indebiti*-situasjonen. Forutsetningen er at betaler har lagt til grunn en betalingsplikt, men tatt feil av pliktens eksistens eller omfang

6.3 Teoretiske og komparative utgangspunkter

1. I den romanistiske rettstradisjonen anses *condictio indebiti* som et obligatorisk berikelseskrav.²⁸⁶ Generalklausulen i BGB § 812.1 foreskriver at den som gjennom en annens prestasjon oppnår en ugrunnet berikelse (*ungerechtfertigte bereicherung*) på dennes bekostning, plikter å tilbakeføre berikelsen til ham. Kriteriet «ugrunnet berikelse» skriver seg tilbake til den romerrettslige setning om at rettshandler må ha en rettsgrunn (*causa*).²⁸⁷ Rettshandler uten rettsgrunn – f.eks. feilskrift eller feilbetaling – ga i romerretten grunnlag for obligatoriske søksmål (*condictio sine causa*).²⁸⁸ *Condictio indebiti* var rette søksmål der betaler hadde lagt til grunn en betalingsplikt, men var i unnskyldelig villfarelse om pliktens eksistens eller omfang.²⁸⁹

²⁸⁵ Høyesterett forutsetter da også at kravet var gjenstand for foreldelse.

²⁸⁶ Jf. Dannemann, *Restitutions* s. 7: “German unjustified enrichment rules will give rise only to obligations, never to rights *in rem*”.

²⁸⁷ Om historikken, se Dannemann *op.cit.* s. 8 flg.

²⁸⁸ Jf. Platou s. 382 flg.

²⁸⁹ *Loc.cit.*

2. Også i engelsk rett har det tradisjonelle utgangspunktet vært at «unjust enrichment» kun gir grunnlag for obligatoriske krav (*rights in personam*).²⁹⁰ Dette synes forankret i en oppfatning om at «unjust enrichment» per definisjon faller utenfor reglene om tingsrettslige søksmål.²⁹¹ Fellesnevneren mellom tysk og engelsk rett på dette punktet er trolig at reglene om ugrunnet berikelse i begge rettssystemer skriver seg tilbake fra romerretten.²⁹² Den siste tiden har imidlertid enkelte engelske forfattere tatt til orde for at «payment by mistake» på nærmere vilkår gir rett til vindikasjon (*rights in rem*).²⁹³

Burrows oppstiller følgende vilkår for det han omtaler som «proprietary restitution»: «the enrichment subtracted from the claimant exists, if necessary by applying tracing rules, in an asset to which the proprietary right can attach; and ii) the injustice arose at the moment of the defendant's receipt, rather than subsequently, so that there was never a period of time when the defendant was entitled to the enrichment.»²⁹⁴

3. *Condictio indebiti* som obligatorisk krav er i eldre norsk litteratur bl.a. lagt til grunn av *Hagerup*, *Platou*, *Gjelsvik* og *Stang*. Foruten *Stang* tok disse forfatterne utgangspunkt i viljesdogmet: Eiendomsretten overføres gjennom overdragers overføringsvilje. Ved *condictio indebiti* har betaler villet betale, altså er eiendomsretten overført. *Condictio indebiti* stifter et obligatorisk tilbakebetalingskrav. *Hagerup* forankret tilbakebetalingskravet i læren om bristende forutsetninger: Betaler har villet betalingen, men ikke berikelsen. Forutsetningsbristen opphever derfor ikke overdragelsen som sådan, men stifter et obligatorisk berikelseskrav.²⁹⁵ Hos *Platou* fulgte tilbakebetalingskravet av den «simple sætning» at rettshandler nødvendigvis måtte ha en *causa*.²⁹⁶ Han fremhever også uttrykkelig

²⁹⁰ Jf. *Burrows*, *The English Law of Restitution*, s. 24-25 med videre henvisninger. Se også *Birks*, *Unjust Enrichment* s. 163 flg.

²⁹¹ Se f.eks. *Foskett v Mckewin* [2001] 1 AC 102 hvor House of Lords sa at «The transmission of a claimant's property rights from one asset to its traceable proceeds is part of our law of property, not of the law of unjust enrichment...».

²⁹² Se den komparative sammenlignen mellom tysk og engelsk rett i *Dannemann*, *Restitution* s. 162 flg.

²⁹³ Jf. *Burrows op.cit.* s. 25-29, og *Birks, op.cit.* s. 180-206.

²⁹⁴ Jf. *Burrows op.cit.* s. 26-27.

²⁹⁵ Jf. *Hagerup* i Rt. 1885 s. 248 flg.

²⁹⁶ *Privatret*, s. 382.

at *sine causa* ikke er det samme som ugyldighet.²⁹⁷ Mangelen på *causa* tjener kun som grunnlag for obligatoriske berikelseskrav. *Stang* ville gi *condictio indebiti* et kontraktsmessig grunnlag ved å innfortolke et stilltiende forbehold om tilbakebetaling i selve betalingshandlingen.²⁹⁸

4. Det er først og fremst *Arnholm* som har hevdet at *condictio indebiti* gir en tinglig rett. Dette bygger han på en ugyldighetsbetraktning:²⁹⁹

«Slik som jeg tror reglene om *condictio indebiti* bør utformes, står det for mig som mest naturlig å karakterisere forholdet derhen, at man står overfor en gruppe av tilfelle hvor en oppfyllelshandling blir ugyldig. Jeg kan gjerne slutte mig til den formulering at den blir ugyldig fordi den mangler en rettsgrunn. Hvorvidt det er hensiktsmessig å oppstille et krav på en rettsgrunn for de alminnelige løfters vedkommende lar jeg stå hen. Men oppfyllelshandlingen har sitt særlige og sitt begrensede formål, så der har kravet på rettsgrunn sitt naturlige fundament.»

Arnholm viser her til den tysk-romerske setning om rettshandlers *causa*. Han legger imidlertid mer i *causa* enn det gjøres i tysk-romersk rett. Som nevnt er *sine causa* i tysk rett bare et annet uttrykk for at berikelsen er ugrunnet, slik tilfellet normalt er ved *condictio indebiti*. *Sine causa* innebærer ikke at betalingen er ugyldig. Når *Arnholm* likevel mener fraværet av rettsgrunn gjør betalingen ugyldig, synes det forankret i en sontring mellom viljeserklæringer og oppfyllelshandlinger. Han skriver at:³⁰⁰

«De almindelige viljeserklæringer er de drivende krefter i omsetningen. De skal flytte verdier, de skal skape nye situasjoner. Dem skal man kunne stole på, de skal kunne gi grunnlag for en forventning. (...) Oppfyllelshandlingen skal bare gi mottakeren det han har lovlig krav på. Nogen forventning utover dette skal den ikke skape.»

²⁹⁷ Resonnementet er i korte trekk at *sine causa* ikke påvirker betalers vilje til å tradere, dvs. overføre eiendomsretten. Han bruker som eksempel at «Du tror, at jeg er kontraktsmessig forpliktet; thi dersom jeg udbetaler Dig Penge for at gjøre Dig en Gave, men Du modtager det som Laan, er det sikkert, at Eiendomsretten er gaaet over uden at derfor er til Hinder, at vi ikke er enige om Retsgrunden (*causa*)...», jf. *Privatret* s. 389 note 20.

²⁹⁸ Om Vildfarelse, s. 78-79.

²⁹⁹ *Streiftog*, s. 234

³⁰⁰ *Arnholm, op.cit.* s. 168.

Sondringen mellom viljeserklæringer og oppfyllelshandlinger har en parallell i reglene om eiendomsrettens overgang. I sin kritikk mot delingsprinsippet fremholder Brækhus at «oppfyllelshandlinger er ikke viljeserklæringer».³⁰¹ Betaling er kun oppfyllelse av en tidligere inngått avtale. Konsekvensen for *condictio indebiti* skulle da være at betaling *i seg selv* ikke overfører eiendomsrett til ytelsen. Villfarelsen innebærer at betalingen heller ikke kan anses som gave eller kreditt. Det må være dette som ligger bak når Arnholm karakteriserer virkningene av *condictio indebiti* slik at «eiendomsretten ikke har gått over på den første erverver, men fremdeles er hos overdrager....».³⁰²

Arnholm er imidlertid ikke helt konsekvent her. I samme fremstilling sier han bl.a. at tilbakesøking etter *condictio indebiti* «utvilsomt» er gjenstand for foreldelse.³⁰³ Siden foreldelsesloven av 1896 gjelder «fordringer» skulle det innebære at *Arnholm* mener *condictio indebiti* her stifter et obligatorisk krav.

4. Nylig har *Bergsåker* drøftet spørsmålet om *condictio indebiti* gir vindikasjonsrett eller stifter et obligatorisk krav.³⁰⁴ Han sonder mellom det han omtaler som viljesbestemt betaling og ikke-viljesbestemt betaling. Førstnevnte kategori gjelder tilfeller hvor betaler har villet betalingen, men tatt feil av betalingsplikten eksistens eller omfang. Den andre kategorien gjelder tilfeller hvor selve betalingshandlingen er en misforståelse, typisk personforveksling eller tastefeil. For begge typetilfelle tar *Bergsåker* utgangspunkt i vilkårene for vindikasjon av penger: Mottaker må ha plikt til å holde pengene atskilt fra egne midler og slik atskillelse må rent faktisk ha funnet sted. Om viljesbestemt betaling skriver han at:³⁰⁵

«Når kravet på tilbakebetaling bygger på et rettsgrunnlag som typisk innebærer uenighet mellom partene om kravets berettigelse, slik situasjonen er for *condictio indebiti*, faller det vanskelig å legge til grunn som alminnelig regel at kravet kan være et vindikasjonskrav. Man får rett og slett ikke tilstrekkelig mening i betingelsen om at betaleren må ha plikt til å holde beløpet atskilt fra egne midler.»

³⁰¹ *Brækhus* 3 og 4 s. 7.

³⁰² *Arnholm, op.cit* s. 215.

³⁰³ *Streiftog*, s. 185.

³⁰⁴ *Bergsåker* i *Festskrift Andenæs*, s. 15-20.

³⁰⁵ *Op.cit.* s. 19

Om vindikasjon der selve betalingshandlingen er en misforståelse skriver *Bergsåker* at:³⁰⁶

Det er ingen skarp grense mellom de tradisjonelle *condictio indebiti*-tilfellene og tilfeller av korreksjon av data- eller inntastingsfeil mv. Man må likevel kunne legge til grunn at spørsmålet om tilbakeføring av midlene er enklere, og at vurderingen er mindre sammensatt når betalingen ikke beror på en villet betalingshandling i tradisjonell mening. Dette fører til at man lettere vil kunne si at betalingsmottakeren i slike tilfeller må ha en plikt til å holde midlene atskilt fra andre midler. Når grunnlaget for kravet om tilbakebetaling er slik at betalingsmottakeren typisk vil være kjent med at han ikke har rett til å beholde pengene, er det lettere å konkludere med at det første vilkåret for vindikasjon av penger er oppfylt.

Bergsåkers analyse hviler tungt på oppfatningen om at mottaker må ha plikt til å holde midlene atskilt for at betaler skal kunne vindisere. Slikt jeg ser det er pliktbegrepet uegnet som kriterium for grensedragningen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter – i hvert fall ved *condictio indebiti*.³⁰⁷ *Bergsåkers* syn skulle f.eks. i prinsippet medføre at sterke ugyldighetsgrunner ikke gir rett til vindikasjon. Han viser i den forbindelse til en uttalelse fra *Opsahl* om at vindikasjon ikke kan finne sted når ugyldighet kan gjøres gjeldende tross mottakers gode tro.³⁰⁸ Rt. 2012 s. 506 viser at dette er feil.³⁰⁹

5. Det foregående viser *for det første* at *condictio indebiti*, historisk og komparativt, er ansett som et obligatorisk tilbakebetalingskrav. Man kan sikkert diskutere holdbarheten av teoriene til bl.a. *Gjelsvik*, *Hagerup* og *Platou*. Disse forfatterne bygger f.eks. på delings- og abstraksjonsprinsippet, prinsipper som verken er eller i særlig grad har vært gjeldende norsk rett. Poenget i denne sammenheng er heller tradisjonen disse teoriene gir uttrykk for. Denne tradisjonen lever i beste velgående i norsk rett, i hvert fall på et systematisk og terminologisk plan. For eksempel omtaler *Hagstrøm* *condictio indebiti* som rettsgrunnlag for «restitusjonsforpliktelser» og «berikelseskrav».³¹⁰

³⁰⁶ *Op.cit.* s. 20.

³⁰⁷ Jf. overfor pkt. 5.2.3.

³⁰⁸ *Bergsåker*, *op.cit.* s. 19 med henvisning til *Opsahl* Tfr 1953 s. 282-283.

³⁰⁹ Se pkt. 5.4.2 over.

³¹⁰ Obligasjonsrett, s. 678 flg.

Spørsmålet om *condictio indebiti* gir en tinglig eller obligatorisk rett har *for det andre* likhetstrekk med sontringen mellom *ugyldige* og *uvirksomme* avtaler.³¹¹ Det tradisjonelle synet er at *condictio indebiti* stifter en restitusjonsforpliktelse med basis i en bindende overdragelse (uvirksomhet). Dette er *condictio indebitis* forankring i obligasjonsretten. *Arnholm* vil derimot se det slik at oppfyllelshandlingen er ugyldig allerede fra begynnelsen av. Konstruksjonen har en parallell i engelsk rett hvor det synes å være avgjørende om “the injustice arose at the moment of the defendant’s receipt, rather than subsequently, so that there was never a period of time when the defendant was entitled to the enrichment”.³¹² Dette er *condictio indebitis* – riktignok mer usikre – forankring i tingsretten.

I lys av det ovennevnte kan problemstillingen konkretiseres og spaltes opp. Utgangspunktet må være at *condictio indebiti* stifter et obligatorisk tilbakebetalingskrav. Det følger av langvarig tradisjon og hele systemet regelen inngår i. Spørsmålet er om *condictio indebiti*, ut fra en betraktning om at betalingen er ugyldig, i visse tilfeller kan gi vindikasjonsrett. Drøftelsen av dette spørsmålet bør graviteres mot positivt rettsstoff. Et mulig rettsgrunnlag er en analogi fra de avtalerettslige ugyldighetsreglene. Høyesterett har også i flere avgjørelser, riktignok om den strafferettslige bedømmelsen av underslag, måttet ta stilling til om feiloverførte penger «tilhører» betaler eller betalingsmottaker, jf. straffeloven § 255. Disse avgjørelsene kan være relevante for den privatrettslige bedømmelsen av om betaler kan vindisere eller har et krav på tilbakebetaling.

I litteraturen er det en tendens til å sondre mellom to ulike betalingssituasjoner. Det første typetilfellet er der selve betalingshandlingen beror på en misforståelse, typisk personforveksling og tastefeil. Det andre typetilfellet er der betaler *er* forpliktet til å betale, men ved en feil betaler mer enn han er forpliktet til.³¹³ Denne forskjellen *kan* være relevant for vindikasjonsspørsmålet, og den videre drøftelse vil derfor konsentrere seg om disse to typetilfellene.

Tilfellet der selve betalingshandlingen beror på en misforståelse fremstilles hos *Bergsåker* som noe annet enn *condictio indebiti*. Etter mitt syn dreier deg seg heller om faktiske variasjoner innenfor de

³¹¹ Se overfor pkt. 5.4.2.

³¹² Jf. note 276.

³¹³ Jf. *Bergsåker* Festschrift Andenæs s. 18-19 og *Opsahl* TfR 1953 s. 282-283

betalingssituasjoner som omfattes av det tradisjonelle *condictio indebiti*-begrepet. Også ved personforveksling vil betaler legge til grunn en betalingsplikt, men han tar feil når det gjelder betalingsmottaker. Bergsåker fremhever selv at det er en glidende overgang mellom *condictio indebiti* og de han omtaler som «andre tilfeller enn *condictio indebiti*». ³¹⁴

6.4 *Condictio indebiti* som tingling rett? Personforveksling og tastefeil.

Felles for ugyldighetsgrunnene i avtl. §§ 28-33 er at en viljeserklæring ikke binder den som har avgitt den. Ved tastefeil og personforveksling foreligger ingen viljeserklæring overhodet, med mindre man vil se det slik at betaling i seg selv har løftevirkning. Oppfatningen i litteraturen er som nevnt at betaling isolert sett ikke har løftevirkninger. ³¹⁵ Tilsvarende betraktninger kommer til uttrykk i Rt. 2008 s. 1582, riktignok om tolkningen av «tilhører en annen» i straffeloven § 255:

«For meg fremstår det som nokså klart at dersom et pengebud leverer penger til feil person, vil ikke mottakeren bli *eier* av pengene ved overleveringen. Dette må gjelde uavhengig av hvordan man i sivilretten løser spørsmålet om kreditorbeslag osv., som jeg finner det unødvendig å gå nærmere inn på.»

Den strafferettslige tolkningen av «tilhører» fremstilles i dommen som uavhengig av reglene om kreditorbeslag. Det er selvsagt riktig i den forstand at kreditorenes beslagsrett ikke var et tema i saken. ³¹⁶ Likevel er det vanskelig å se for seg at «tilhører» i strl. § 255 *ikke* skulle bygge på privatrettslige eiendomsrettsforestillinger(hva er alternativet?). Det er en klar parallell mellom grensene for underslag og grensene for kreditorenes beslagsrett. ³¹⁷ Hvis

³¹⁴ *Op.cit.* s. 20.

³¹⁵ Jf. *Brækhus* 3 og 4 s. 7 og vel også *Arnholt*, *Streiftog* s. 234 flg.

³¹⁶ Jf. *Andenæs Konkurs* s. 177.

³¹⁷ Også *Andenæs Konkurs* s. 177 legger til grunn at Rt. 2008 s. 1582 har relevans for grensen mellom vindikasjon og obligatoriske tilbakebetalingskrav. Også *Andenæs, Spesiell strafferett* s. 338 legger til grunn at «de avgjørende momenter stort sett vil være de samme» når det gjelder grensene for det privatrettslige og strafferettslige eiendomsrettsbegrepet.

betaler til tross for feilbetalingen eier pengene i mottakers besittelse, kan mottaker gjøre seg skyldig i straffbart underslag gjennom tilegnelse. Hvis mottaker kun har plikt til å betale pengene tilbake, vil han ved å tilegne seg pengene i høyden misligholde en privatrettslig restitusjonsforpliktelse. Det er denne parallellen som gjør at rettspraksis om feilbetaling og underslag har relevans for spørsmålet som behandles her. Høyesterett gir i Rt. 2008 s. 1582 uttrykk for at mottakeren ved personforveksling ikke erverver eiendomsrett til betalingen. Avgjørelsen tilsier at feilbetaling ved personforveksling rettslig sett må bedømmes som en nullitet.

Ugyldighetssynspunktet har støtte i bankklagenemndas uttalelse BKN 95035. Bakgrunnen var at klagers kassakredittkonto ved en tastefeil fra bankens side ble godskrevet kr 10 233,- den 30. januar 1991. Banken krevde beløpet tilbakebetalt mai 1994. Spørsmålet i saken var om banken kunne reversere feilføringen og om kravet i så fall var foreldet. Om dette uttalte nemda at «en ren posteringsfeil i bankens kontosystem ikke kan anses å ha rettsvirkning mellom partene, og at banken derfor har full adgang til å reversere en slik uriktig regnskapsføring.» Videre ble det fremholdt at:

«bankens adgang til å rette foretatte feil [er] ikke en fordring som er gjenstand for foreldelse etter foreldelsesloven § 1. Dette har sammenheng med at en feil kontoføring ikke er uttrykk for en transaksjon, men er en ren nullitet. Om det skulle legges til grunn at bankens adgang til å rette er et krav i formuerettslig forstand, ville konsekvensen også være at banken i utgangspunktet bare var dividendeberettiget dersom kontohaveren kort etter feilføringen går konkurs.»

Bankklagenemnda gir her uttrykk for samme oppfatning som Rt. 2008 s. 1582 vedrørende den rettslige bedømmelsen av tastefeil. Nemnda gir videre uttrykk for at banken ved feilpostering på konto har vindikasjonsrett både i relasjon til fl. § 1 og overfor kontohavers kreditorer.

Det er særlig personforveksling litteraturen har hatt for øye når det legges til grunn at *condictio indebiti* gir vindikasjonsrett. *Opsahl* skriver at betaler kan vindisere der «selve betalingshandlingen beror på en misforståelse, som i forvekslingstilfellene, hva enten feiltagelsen gjelder ytelsen eller kreditors person.»³¹⁸ *Arnholm* bruker som eksempel at A ved personforveksling leverer en bil til B hvorpå B like etter går konkurs. Til spørsmålet om

³¹⁸ *Opsahl* i Tfr 1953 s. 282

kreditorbeslag skriver *Arnholm* at «Realiteten er altså den at A skal ha bilen og ikke B, og B skulde aldri hatt den ... Denne økonomiske realitet bør man også legge til grunn ved den juridiske bedømmelse, og altså nekte at B nogensinne har vært eier av bilen. Bs kreditorer bør ikke kunne nyttiggjøre sig den.»³¹⁹

Samlet sett trekker de ovennevnte kilder i retning av at betalingen må regnes som ugyldig ved personforveksling og tastefeil. Betaler har aldri ment å betale til mottaker, det foreligger ingen betalingsplikt, og betaling har ikke løftevirkning i seg selv. Betaler kan derfor vindisere ytelsen fra mottaker ut fra en betraktning om at eiendomsretten til betalingen ikke har gått over mellom partene.

Det kan virke vanskeligere å forene vindikasjonsrett med interesseavveiningen som ligger i *condictio indebiti*. Vindikasjon er håndhevelse av eiendomsrett, og tilbakesøking kan hjemles i eiendomsretten selv. Interesseavveiningen som ligger i *condictio indebiti* skulle da være helt overflødig. Bergsåker uttaler i den sammenheng at «når retten til tilbakebetaling ikke er en automatisk følge av den feilaktige betalingen, ligger det ikke godt til rette for vindikasjon.»³²⁰ Det er imidlertid ikke uvanlig at vindikasjonsretten må oppfylle visse kvalifikasjonskrav for å gjøres gjeldende. Avtaleloven § 33 krever f.eks. en vurdering av om mottaker har opptrådt (u)redelig og vært i aktsom god tro. Under denne synsvinkelen er ikke interesseavveiningen i *condictio indebiti* et vilkår for tilbakebetaling, men heller en *begrensning* i vindikasjonsrettens utstrekning.

Konklusjonen er at betaler har en tinglig vindikasjonsrett ved personforveksling og tastefeil. I denne situasjonen stiftes det ikke et obligatorisk tilbakebetalingskrav. En må heller se det slik at betalingshandlingen er ugyldig – eller som bankklagenemnda: en ren nullitet.

6.5 *Condictio indebiti* som tingling rett forts.? Det betales for mye

Situasjonen er at betaler har plikt til å betale, men ved en feil betales det for mye (eller for lite). Det kan være skattebetaleren som betaler for mye skatt, arbeidsgiveren som utbetaler for

³¹⁹ Streiftog s. 219-220.

³²⁰ Jf. *Bergsåker* Festskrift Andenæs s. 18.

mye lønn, eller leietakeren som betaler for mye leie. Spørsmålet om vindikasjonsrett kan mest hensiktsmessig formuleres slik: Kan man skille ut en del av betalingen som ugyldig, mens det resterende utvilsomt er gyldig, slik at betaler har en «tinglig» vindikasjonsrett i det overskytende?

Utgangspunktet tas i en sammenligning med de avtalerettslige ugyldighetsregler, jf. avtl. §§ 28-33. Bestemmelsene gjelder tilfeller hvor løftegiver 1) er ubundet og reglene gir 2) anvisning på total ugyldighet. Parallellen til personforveksling og tastefeil ligger, som nevnt, i at betaler verken har villet betale og heller ikke har hatt plikt til å betale. Feilbetalingen bedømmes som en faktisk handling uten rettsvirkning. Parallellen er ikke like innlysende der det betales for mye. Her er betaler (delvis) forpliktet og har også villet betale, riktignok under uriktige forutsetninger. Systemet i avtaleloven §§ 28-33 gir ingen støtte for å skille ut en brøkdel av betalingen som ugyldig. I lys av avtalelovens regulering virker det unaturlig å gi vindikasjonsrett til det overskytende. Parallellen til de avtalerettslige regler måtte eventuelt ligge i avtaleloven § 36 («delvis til side»), men da er man over i kontraktsrevisjon. Slik sett kan det hevdes at tilbakesøking i denne situasjon har større likhetstrekk med kontraktsrevisjon enn ugyldighet, og at tilbakesøking bør bedømmes som et obligatorisk krav.

Spørsmålet om hvem som *eier* feilbetalte penger har vært behandlet av Høyesterett i forbindelse med straffelovens § 255 om underslag. Rt. 1997 s. 1760 gjaldt et tilfelle der en entreprenør mottok betaling fra en oppdragsgiver, hvor oppdragsgiveren ved en feil unnlot å trekke fra en del av beløpet som skulle overføres direkte til en underentreprenør. Spørsmålet var om det overskytende «tilhørte» oppdragsgiveren eller entreprenøren som mottok beløpet ved en feil, jf. straffeloven § 255. Høyesteretts flertall frikjente entreprenøren med følgende begrunnelse:

Det er (...) tale om et regulært mislighold av en sivilrettslig pengeforpliktelse. Forpliktelsen hadde riktignok det spesielle grunnlag at den sprang ut av en feilaktig oppfyllelshandling fra kommunens side. Men den skilte seg ellers ikke fra alminnelige sivilrettslige pengeforpliktelser. At underslagsbestemmelsen ikke kan ramme mislighold av alminnelige pengeforpliktelser, er klart.

Denne avgjørelsen må sammenholdes med Rt. 2003 s. 1243. Her hadde betaler ved en tastefeil overført kr 8 125 778 til betalingsmottaker, mens det korrekte beløpet skulle være en

hundredel av dette, dvs. kr 81 257. Tilegnelsen av merbeløpet ble ansett som straffbart underslag. Om forholdet til 1997-dommen sies det:

«Bakgrunnen i 1997-dommen var at entreprenørselskapet der den tiltalte var daglig leder, i utgangspunktet hadde krav på beløpet, men at det var avtalt at beløpet istedenfor skulle overføres direkte til en underentreprenør. Ved en feil skjedde overføringen likevel til entreprenørselskapet. I vår sak er det tale om en ren tastefeil. Jeg er enig med lagmannsretten når den kom til at vårt tilfelle på avgjørende vis skiller seg fra det i 1997-dommen: Synspunktet om « regulært mislighold av en sivilrettslig pengeforpliktelse » er lite treffende for vår sak, og det er riktig å se tilfellet som omfattet av straffeloven § 255.»

For fullstendighets skyld vises det også til saksforholdet i Rt. 2008 s. 1582 som er nevnt overfor. Som følge av feilregistrering i Aetats datasystemer ble det foretatt en rekke feilbetalinger til tiltaltes lønnskonto. Pengene skulle egentlig vært overført som lønnstilskuddsmidler til hennes arbeidsgiver. Høyesterett mente feilbetalingen hadde klare likhetstrekk med feilbetalingen i 2003-dommen. Det ble uttalt at tiltalte «har ikke på noe tidspunkt hatt krav på pengene som ble godskrevet hennes konto, det dreier seg om en ren feilutbetaling fra Aetats side.». Hun ble derfor straffedømt for underslag etter straffeloven § 255.

Selv om disse dommene gjaldt den strafferettslige bedømmelsen av underslag har de relevans for den tingsrettslige bedømmelsen av feilbetaling. Det springende punkt i sakene var nettopp eiendomsrettens overgang ved feilbetaling av penger. I den første avgjørelsen fra 1997 så Høyesterett det slik at mottaker ble eier av pengene mot en plikt til tilbakebetaling. I de to neste avgjørelsene mente Høyesterett at pengene, til tross for betalingshandlingen, tilhørte betaler. Det synes å være særlig to forhold som skiller 1997-dommen fra de to øvrige. I 1997-dommen var betaler delvis *forpliktet* til å betale. I 2003- og 2008-dommen var ikke betaler forpliktet overhodet. Det andre forholdet er betalers *vilje* til å betale: I 1997-dommen la betaler under uriktige forutsetninger til grunn en betalingsplikt. I 2003- og 2008-dommen var det ikke lagt til grunn en betalingsplikt overhodet. Betalingen skyldtes en teknisk feil.

Det kan spørres om ikke *Bergsåker* er inne på noe av det samme når han skiller mellom «vanlig» *condictio indebiti* og personforveksling og tastefeil. Om personforveksling og tastefeil skriver han at betalingen finner sted «uten at dette er viljesbestemt på tradisjonell

måte.»³²¹ Tilfellet der betaler legger til grunn en betalingsplikt, men betaler for mye, omtales hos *Bergsåker* som «viljesbestemt betaling».³²² Hos *Bergsåker* synes altså betalers vilje/fravær av vilje å være sentral for grensen mellom obligatorisk restitusjon og tinglig vindikasjon. Det går en linje herifra til *Hagerup*, *Platou* og viljesteorien utviklet av den tysk-historiske skole. Hvis betaler har *villet* betale penger til en gitt person, hindrer det ikke tinglig eiendomsoverdragelse at betaler tok feil av pliktens eksistens eller omfang. Hvis det ikke foreligger noen vilje overhodet, slik situasjonen er ved personforveksling og tastefeil, må betalingen anses for aldri å ha funnet sted.

For å sammenfatte: Vindikasjonsrett er forbeholdt tilfeller av personforveksling og tastefeil, dvs. situasjoner hvor selve betalingshandlingen skyldes en misforståelse. Det er nettopp fraværet av betalingsvilje, kombinert med at betaler ikke er forpliktet, som gir grunnlag for å anse betalingshandlingen som ugyldig. Der betalingen helt eller delvis har grunnlag i en forpliktelse, og betaler legger til grunn en betalingsplikt, er det ikke grunnlag å skille ut en del av betalingen som ugyldig med følge av vindikasjon for det overskytende. I denne situasjonen stifter *condictio indebiti* et obligatorisk tilbakebetalingskrav.

³²¹ Jf. *Bergsåker* Festskrift Andenæs s. 19.

³²² *Loc.cit.*

7 Avsluttende refleksjoner

7.1 Materielle refleksjoner

Sondringen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter dreier seg i norsk rett om rettsregler som knytter rettsvirkning til forskjellen mellom rett i ting og krav mellom personer. Gjennomgangen bekrefter en viss felles struktur eller sammenheng mellom disse reglene. Stikkordet er *beskyttelse*. Tinglige rettigheter er beskyttet mot skadevoldende handlinger og kreditorbeslag i hjemmelsmannskonflikten – obligatoriske rettigheter er det ikke. Tinglige rettigheter er beskyttet mot underslag og foreldelse – obligatoriske rettigheter opphører ved ikke-bruk og gir i høyden grunnlag for misligholdsbeføyelser overfor den forpliktete. Rett til ting kan oppnå rettsvern, f. eks. gjennom tinglysning – obligatoriske krav er (som hovedregel) henvist til å konkurrere mot andre krav.

Påstanden er altså at denne sondringen dukker opp uavhengig av om vi snakker om den eller ikke. Og en rettsvitenskap som ikke vil snakke om sondringen risikerer å overse de problemstillinger sondringen knytter seg til.³²³ Oppgaven har bl.a. vist hvordan konkursliteraturen taler om skyldners «plikt» til å holde penger atskilt selv om konflikten dreier seg om grensene for hjemmelsmannens eiendomsrett. For spørsmålet om underslag av feilbetalte penger vil ikke Høyesterett snakke om det privatrettslige eiendomsrettsbegrepet, selv når loven krever at pengene er betalers eiendom. Erstatningsrettsliteraturen fastholder at sondringen er «forlatt», til tross for at det er klare relevante forskjeller på tings- og kontraktsrettighetene. Sondringen reiser her såpass viktige spørsmål at den bør vedkjennes mer åpent. Den bør tas på alvor.

Oppgaven gir ikke grunnlag for å si at hele formueretten bygger på en sontring mellom tinglige og obligatoriske rettigheter. Noe av poenget i oppgaven har nettopp vært å få frem at sondringen har ulik form og funksjon i forskjellige rettssystemer. Det er betydelige forskjeller mellom den kontinentale tradisjonen, hvor hele privatrettssystemet er knyttet opp mot skillet tinglige og obligatoriske rettigheter, og den nordiske tradisjonen. Vår formuerett er mer

³²³ Sml. *Kinander TfR 2003 s. 683*, *Lilleholt, Personskifte s. 326*

fragmentert. Jeg sikter da særlig til den funksjonelle tilnærmingen til «eiendomsrettens overgang» som tidvis går på tvers av skillet mellom tinglige og obligatoriske rettigheter.³²⁴ I kontinentale rettssystemer ligger sontringen i systemet. I norsk rett ligger sontringen spredt i rettsreglene.

Selv om det norske systemet ikke er innrettet rundt et skille mellom tinglige og obligatoriske rettigheter, ligger det i systemet viktige forskjeller mellom tings- og obligasjonsrettslige hensyn. Ross snakker om «ånden» i de forskjellige rettsdisipliner: Grunnsetninger og ideer på det aktuelle rettsområde som uten å kunne tas for egentlige rettsregler spiller en betydelig rolle ved rettens fortolkning.³²⁵ «Ånden» i obligasjonsretten er konkret rimelighet og betydelige innslag av skjønn. Obligasjonsretten skal *supplere* partenens avtale med hensiktsmessige og balanserte løsninger.³²⁶ Skjønnsfriheten er uproblematisk så lenge rettsanvendelsen gjelder forholdet inter-partes. Det er tross alt bare disse to partene som blir berørt. I tingsretten møter man et helt annet rettslig klima. Tingsretten *normerer* omsetningen av formuesgoder mellom flere parter. Reglene kan i prinsippet berøre hvem som helst («tredjemenn»). «Ånden» i tingsretten er firskårne regler, stabilitet³²⁷ og begrenset rom for konkret rimelighet.³²⁸ Stikkordene er notoritet, publisitet, forutberegnelighet og sikkerhet i omsetningen.³²⁹

Denne forskjellen mellom tingsrett og obligasjonsrett har lenge vært underkommunisert i norsk rett. I følge *Falkanger/Falkanger* «ser de fleste nokså pragmatisk på sontringen ... uten pretensjon om for

³²⁴ Jf. overfor pkt. 5.2.1 og pkt. 5.2.3. Kroneksempelen på en rettighet som går på tvers av sontringen er tinglyst kjøpekontrakt til fast eiendom. Kontrakten gir kreditor et krav – tinglysning gir kravet rettsvern.

³²⁵ Om ret og retfærdighed, s. 245.

³²⁶ Se f.eks. *Hagstrøm*, Obligasjonsrett, s. 42 som skriver at «oppgaven ved rettsanvendelsen [i obligasjonsetten] blir å finne løsninger som er hensiktsmessige og rimelige, alle forhold tatt i betraktning.»

³²⁷ Se f.eks. *Krüger* i KoP 1998 s. 161 flg. som på s. 161-162 fremholder tingsrettens «iboende treghet».

³²⁸ Særlig illustrerende er dommene vedrørende spørsmål om rettsvernsreglene kan tolkes innskrenkende, se Rt. 1997 s. 1050 og Rt. 1998 s. 268. I den første avgjørelsen sier Høyesterett at «Det klare utgangspunkt er at rettsvernsreglene gjelder absolutt, slik at det ikke er rom for noen vurdering av om reglene i det konkrete tilfellet fører til et rimelig resultat. Dette har gode grunner for seg, ikke minst for å unngå usikkerhet og tvister.»

³²⁹ Jf. eksempelvis *Lilleholt* i JV 1996 s. 69-97. Stikkord som «omsetningsikkerhet» eller «omsetningslivets tarv» kan virke innholdsløst, men dekker det at reglene skal lette omsetningen.

stor presisjon.»³³⁰ Det må vi ta konsekvensene av, noe ovennevnte Rt. 2001 s. 1580 bærer bud om. Her tar Høyesterett utgangspunkt i et «uformelt» *condictio indebiti*-begrep og ender opp med å statuere tilbakesøking langt inne på tingsrettens område. I teorien er avgjørelsen kritisert bl.a. for å bryte med «systemet» i privatretten.³³¹ Etter mitt syn burde avgjørelsen heller gi grunnlag for selvevaluering. En rettsvitenskap som gir anvisning på differensierte interesseavveininger, nærmest som et metodisk program, kan ikke *samtidig* kreve at Høyesterett følger «systemet» i privatretten. Det er rettsvitenskapens oppgave, eventuelt i et samspill med lovgiver, å skissere et system – ikke Høyesteretts.

7.2 Metodiske refleksjoner

I den skandinaviske tradisjonen forbindes sontringen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter med begrepsjurisprudensen. Begrepsjurisprudens har en negativ klang i skandinavisk sammenheng.³³² Denne reaksjonen mot den konstruktive retningen innenfor nordisk rettsvitenskap var forståelig. Nå er det grunn til å se roligere på saken. Det er allerede gitt et eksempel på hvordan de skandinaviske representantene i DCFR meldte seg ut av diskusjonen med en gang det ble snakket om absolutte og relative rettigheter.³³³ Etter mitt skjønn er det både overdrevet og lite treffende. Begrepsjuss er ikke et spørsmål om hva man liker eller ikke liker, men hva rettskildene gir grunnlag for. Har man en systematisk, stringent og heldekkende sivillovbok er det helt nødvendig å trekke slutninger fra begreper. Noe tilsvarende har vi ikke i skandinavisk rett, og vi er derfor henvist til en mer konkret avveiningsprosess. Det er nettopp slike forhold som bør kommuniseres utad, og ikke hvorvidt vi på et metodisk eller ideologisk grunnlag misliker begrepsjuss.

³³⁰ Jf. *Falkanger/Falkanger*, Tingsrett s. 31.

³³¹ *Lilleholt*, Når rettskjeldene bryt med systemet i privatretten (foredrag), publisert på <http://folk.uio.no/kaareli/Publisering/Systemet.htm>

³³² Senest i Rt. 2012 s. 1985 blir det i et særvotum fremholdt som «...metodisk uriktig å trekke rettslige slutninger på grunnlag av mer eller mindre innarbeidede begreper (« begrepsjurisprudens »). Hvis de begreper som blir benyttet, ikke er dekkende for de løsninger som har de beste grunner for seg, er det ikke løsningene som skal tilpasses begrepene, men begrepsbruken som må endres. Statens begrepslogiske argument må etter dette forkastes som klart uholdbart.»

³³³ Se pkt. 4.4.1 overfor.

Etter mitt syn må en skille mellom det å trekke slutninger fra abstrakte begreper og det å være åpen på at rettsreglene kan trekke et skille mellom rett i ting og krav mellom personer.

Begrepsdeduksjon er ikke feil i seg selv, men det forutsetter et system å slutte fra. I norsk sammenheng må sontringen bygges «nedenfra og opp» gjennom analyser av rettskildematerialet.

Videre kan sontringen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter i norsk rett ha verdi i beskrivelsessammenheng. Den forteller noe om hvorfor konflikter løses som de gjør, og hvorfor ulike rettigheter har rettsvirkning i flere relasjoner.³³⁴ Noe av utfordringen til den funksjonelle tilnærmingen i norsk rett er nettopp at den i begrenset utstrekning makter å gjøre rede for «hvorfor»-spørsmålene i formueretten. I den nyeste læreboken i allmenn formuerett vies det f.eks. et helt kapittel til «spesialitetsvilkåret», men det gis aldri noen forklaring på hvorfor det kreves spesialitet.³³⁵ En slik forklaring vil nødvendigvis komme i konflikt med den funksjonelle tilnærmingen forfatteren proklamerer innledningsvis,³³⁶ ettersom spesialitet, historisk og komparativt, bygger på et materielt («substansielt») eiendomsrettsbegrep. Dermed får leseren kun en beskrivelse og ingen begrunnelse. Som påvist overfor kan forklaringen søkes helt tilbake til romerrettens tradisjon for å sonde mellom tinglige og obligatoriske rettigheter.

7.3 Komparative refleksjoner

Arbeidet med å harmonisere europeisk privatrett setter internasjonal vitenskapelig dialog på dagsordenen. Hvis man avfeier sontringen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter som «forlatt» og «irrasjonell», oppstår spørsmålet om hvordan dette skal kommuniseres til rettssystemer som oppfatter et slikt skille som nødvendig og rasjonelt. Hittil har det gått heller

³³⁴ Sml. Høgberg, Festskrift Andenæs s. 108-109.

³³⁵ Lilleholt, Allmenn formuerett s. kap. 12.2 og 12.3

³³⁶ *Op.cit.* s. 52.

dårlig. Den skandinaviske tradisjonen oppfattes både som arrogant³³⁷ og lite overbevisende.³³⁸ Jeg tror det er delvis selvforskyldt, og skal peke på to forhold som underbygger påstanden.

Nordiske formuerettsfremstillinger har tradisjon for å bruke nedsettende karakteristikk for å etablere og opprettholde kontraster. *Brækhus/Hærem* omtaler sontringen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter som «irrasjonell», samtidig som forfatterne kan opplyse om at tysk, fransk og engelsk rett fortsatt bygger på substansielle rettighetsbetraktninger.³³⁹ Hos *Hagstrøm* er «romanistisk» ensbetydende med «uholdbart». I svensk litteratur omtales den kontinentale tilnærmingen som «nonsens» og «Harry Potter-logic».³⁴⁰ Underforstått: Vi har tatt poenget, alle andre har misforstått.³⁴¹ I tiden fremover bør denne retorikken sløyfes helt.

På et dypere nivå dreier det seg om identitet og selvforståelse. Nordisk rettsrealisme står i et selverklært dikotomisk forhold til den positivistiske og «formelle» tilnærmingen i (tysk) kontinental rett.³⁴² Rettsrealismen er rasjonell og virkelighetsorientert, kontinental rett er abstrakt og virkelighetsfjernt. I tiden fremover bør dette «kontraelementet» i nordisk selvforståelse tones ned. For det første bygger det på en unyansert oppfatning av hvordan kontinental rett henger sammen. For det andre er ikke ulik metodisk orientering ensbetydende med materielle forskjeller. I oppgaven er det gitt flere eksempler på at forskjellen mellom norsk og kontinental tilnærming reduseres til et spørsmål om begrepsbruk og systematikk. Den nordiske formueretten har mange styrker, men akkurat det er vanskelig for andre å se

³³⁷ Illustrerende *Faber*, Scepticism about the Functional Approach s. 99 (har “the clear impression that Scandinavian Lawyers tend to see the traditional “continental” unitary approach in a very negative way” og at holdningen er “overestimated”).

³³⁸ Skeptisk *Faber*, *op.cit.* s. 117-121.

³³⁹ Norsk Tingsrett, s. 377 note 2. Denne komparasjonen hos *Brækhus/Hærem* er kritisert av *Fleischer* i JV 1978 s. 251.

³⁴⁰ Jf. *Martinson*, How Swedish Lawyers think about «ownership», s.83 flg. Se også *Samuelsson* i ErT 2009 s. 66 flg. som kritiserer det han mener er en “kontrakultur” hos svenske jurister.

³⁴¹ Dette kommer tydelig artikkelen til *Martinson op.cit.* s. 69 flg. med undertittelen «Are We just Peculiar or Actually Ahead?» Sml. også *Baldersheim*, TfR 2012 s. 162-163 som mener den skandinaviske tingsrettslitteraturen har noen «usunne trekk».

³⁴² Se *Blandhol*, Nordisk rettspragmatisme s. 136 flg. som lar *Savignys* vitenskapsideal utgjøre motpolen til en «nordisk rettspragmatisme». Sml. også *Hagstrøm* Festskrift Thue s. 733 som omtaler nordisk formuerett som «en jordnær, problemorientert disiplin, fri for spekulative abstraksjoner».

hvis den fremstilles som en motsetning til det som ellers gjelder på kontinentet. Vi risikerer fort å snakke over hodene på hverandre, og ved en eventuell harmonisering av formueretten er det neppe grunn til å gjøre forskjellene større enn de faktisk er.

Litteratur

Akkermans, Numerus Clausus:

Bram Akkermans, *The Principle of Numerus Clausus* in European Property Law(Antwerp, 2008)

Andenæs, Konkurs:

Mads Henry Andenæs, Konkurs (Oslo 2009)

Andenæs, Spesiell Strafferett:

Johs. Andenæs, Spesiell Strafferett og formuesforbrytelsene, samlet utgave ved Kjell V. Andorsen (Oslo 2008).

Arnholm, Privatrett:

Carl Jacob Arnholm, Privatrett (Oslo 1964)

Arnholm, Passivitetsvirkninger:

Carl Jacob Arnholm, Passivitetsvirkninger (Oslo 1932)

Arnholm, Streiftog:

Carl Jacob Arnholm, Streiftog i Obligasjonsretten (Oslo 1938)

Augdahl, Obligasjonsrett (1. utg.):

Per Augdahl, Den norske obligasjonsretts almindelige del(1. utg. Oslo 1953)

Augdahl, Obligasjonsrett (5. utg.):

Per Augdahl, Den norske obligasjonsretts almindelige del (5. utg. Oslo 1978)

Askeland, Makt og Rett:

Bjarte Askeland, Fra drivhjul til Tannhjul – rettsvitenskapens makt etter EØS-rettens inntog, i; Kinander Morten (red.): Makt og rett – om makt- og demokratiutredningens konklusjoner om rettsliggjøring av politikken og demokratiets forvitring s. 169-192.

Askeland JV 2001:

Bjarte Askeland, Konkret og nærliggende interesse som erstatningsrettslig avgrensningskriterium, i Jussens Venner 2001 s. 303-318.

Baldersheim TfR 2012:

Baldersheim, Erlend: «Til spørsmålet om eighedsrettens overgang», i; Tidsskrift for Rettsvitenskap 2012 s. 138-163.

von Bar 1994:

Christian von Bar – Liability for Information and Opinions Causing Pure Economic Loss to Third Parties: A comparison of English and German Case Law, i The Gradual Convergence: Foreign Ideas, Foreign Influences, and English Law on the Eve of the 21. Century, Basil S. Markesinis (red.) (Oxford 1994).

Bartels, An Abstract or a Causal system:

Steven Bartels, An abstract or a Causal System? i; Faber/Lurger (eds.) Rules for the Transfer of Movables – A Candidate for European Harmonisation or National Reforms? (München 2008) s. 59-67.

Bengtsson, Civilrättens splittring:

Bertil Bengtsson, Om Civilrättens splittring, i festskrift til Kurt Grönfors (Stockholm 1991) s. 29-46

Bergsåker, Pengekravsrett:

Trygve Bergsåker, Pengekravsrett (2. utg. Oslo 2011).

Bergsåker, Festskrift Andenæs:

Trygve Bergsåker, Conductio indebiti: Vindikasjon eller obligatorisk krav? i; Knudsen/ Normann/ Aarum (reds.), Selskap, kontrakt, konkurs og rettskilder, Festskrift til Mads Henry Andenæs s. 15-20.

Bernt/Krüger:

Jan Fridthjof Bernt og Kai Krüger, Ugyldighetsbegrepet i kontraktsretten og forvaltningsretten, i: Samfunn, rett og rettferdighet, Festskrift til Torstein Eckhoff (Oslo 1986) s. 86-130.

Björne, Rättssystemets utveckling:

Lars Björne, Rättssystemets utveckling (Helsingfors 2003)

Brandt, Retshistorie:

Frederik Brandt, Forelæsninger over den norske retshistore (Kristiania 1880)

Brandt, Tingsret:

Frederik Brandt, Tingsretten efter den Norske Lovgivning (Kristiania 1878)

Blandhol, Nordisk rettspragmatisme:

Sverre Blandhol, Nordisk rettspragmatisme – Savigny, Schweigaard og Ørsted om vitenskap og metode (København 2005).

Brækhus 1970:

Sjur Brækhus, Konkursrett, utvalgte emner (Oslo 1964)

Brækhus 3 og 4:

Sjur Brækhus, Omsetning og kreditt 3 og 4 (Oslo 1998)

Brækhus/Hærem:

Sjur Brækhus og Axel Hærem: Norsk tingsrett (Oslo 1964)

Castberg i TfR 1923:

Frede Castberg, Den konstruktive metode, i; Tidsskrift for Rettsvitenskap 1923 s. 294-318.

Clerk/Lindsell/Dias:

Jon Frederic Clerk/ William H.B Lindsell/ R.W.M. Dias, Clerk and Lindsell on Torts (16. ed. London 1989)

Dalhuisen:

Jan Dalhuisen, Dalhuisen On Transnational Comparative, Commercial, Financial And Trade Law – vol. 2 – Contract and Movable Property Law (2. utg. Oxford/Portland 2004)

Dannemann, Restitutions:

Gerhard Dannemann, The German Law of Unjustified Enrichment and Restitution – A Comparative Introduction (Oxford 2009).

DCFR Full edt.:

Draft Common Frame of Reference Full Edition (2009)

Faber, Scepticism about the Functional Approach:

Wolfgang Faber, Scepticism about the Functional Approach from a Unitary Perspective, i: Faber/Lurger (eds.) Rules for the Transfer of Movables – A Candidate for European Harmonisation or National Reforms? (München 2008)

Falkanger i LoR 1995:

Thor Falkanger, Opplåning og lojalitetsplikt – Kommentarer til Rt-1994-775 om pant i adkomstdokumenter til leierett til bolig, i Lov og Rett 1995 s. 100-112.

Falkanger i JV 1995:

Thor Falkanger, Utilbørighetsbegrepet i dekningslovens § 5-9, Jussens Venner 1995 s. 105-131.

Fleischer i JV 1978:

Carl August Fleischer, Egedomsretten som omgrep i norsk tingsrett – kritikken mot «det substansielle egedomsbegrepet», Jussens Venner 1978 s. 241-252.

Fleischer LoR 1964:

Carl August Fleischer, Obligatoriske kravs rettsvern, Lov og Rett 1964 s. 449-463.

Von Eyben:

Bo von Eyben, Forældelse efter forældelsesloven af 2007 (København 2012)

van Gerven:

Walter van Gerven, Tort Law – Scope of Protection (Oxford 1999)

Getz, Om vindikationsrettens begrænsning:

Bernhard Getz, Om vindikationsrettens begrænsning efter norsk ret, Prøveforelesning ved konkurrence om en professorpost i lovkyndighed (1876).

Giertsen, Avtaler:

Johan Giertsen, Avtaler (Oslo 2006)

Gjelsvik:

Nikolaus Gjelsvik, Norsk tingsret (2. utgave, 1926)

Graver, TFE 2005:

Hans Petter Graver, Skiltmakerdommen som et veiskille? Tidsskrift for Erstatningsrett 2005 s. 165-168.

Hagerup i TfR 1888:

Francis Hagerup, Nogle Ord om den nyere Retsvidenskabs Karakter, Tidsskrift for Rettsvitenskap 1888 s. 1-58.

Hagerup, Panteret:

Francis Hagerup, Den norske Panteret (1. utgave, 1924 v/ P.I Paulsen)

Hagerup i Rt. 1885:

Francis Hagerup, Om principperne for condictio indebiti, Norsk Retstidende 1885 s. 245 flg.

Hagstrøm Obligasjonsrett:

Viggo Hagstrøm, Obligasjonsrett (1. utgave 2003)

Hagstrøm, Festskrift Nygaard:

Viggo Hagstrøm, Fra erstatningsrettens grenseland: Ansvar for angrep på kontraktsforhold, i: Holgersen/ Krüger/ Lilleholt (reds), Nybrott og odling, Festskrift til Nils Nygaard (Bergen 2002).

Hagstrøm, Festskrift Håstad:

Viggo Hagstrøm, Betragtninger omkring Draft Common Frame of Reference, i; Lambertz, Göran (m.fl. red.): Festskrift til Torgny Håstad s.225-235.

Hallager/Aubert:

Frederik Hallager/ Ludvig Maribo Benjamin Aubert, Den norske obligationsrets almindelige del (Kristiania 1887)

Harbek/Solem, Tingsyning:

Ole F. Harbekk og Erik Solem, Tinglysningsloven med kommentarer (9. utg. v/ Torgeir Austenå) (Oslo 1990)

Hauge, ugyldighet:

Hilde Hauge, Ugyldighet ved formuerettslige disposisjoner, (Bergen 2008)

Haukaas i JV 2009:

Hans Erik Haukaas, Separatistrett til penger i konkurs, Jussens Venner 2009 s. 25-59.

Hjelmeng i TtE 2007:

Erling Hjelmeng, Interessevern og rene formuesskader – i lys av Rt-2007-425, i Tidsskrift for Erstatningsrett s. 169-180.

Hjelmeng i TtE 2011:

Erling Hjelmeng, Hanekleiv-dommen – erstatningsrett i villrede? I; Tidsskrift for Erstatningsrett 2011 s. 69-83.

Holdø LoR 2013:

Håvard H. Holdø, Foreldelse av kjøperetter og opsjoner knyttet til fast eiendom, Lov og Rett 2013 s. 38-50.

Hov, Avtalerett:

Jo Hov, Avtaleslutning og ugyldighet (Oslo 2002)

Huser, Avtalesensur:

Kristian Huser, Avtalesensur (Bergen 1984)

Høgberg, Festskrift Andenæs:

Alf Petter Høgberg, Sondringen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter som strukturell forklaringsmodell, i: Knudsen/ Normann/ Woxholt (reds. Oslo 2010) Selskap, kontrakt, konkurs og rettskilder, Festskrift til Mads Henry Andenæs s.100-110.

Illum:

Knud Illum, Dansk tingsret (2. utgave 1966)

Ingvarsson:

Torbjörn Ingvarsson, Ogiltighet och rättsföljd (Stockholm 2012).

Johansen i LoR 1994:

Johnny Johansen, Om vindikasjon av surrogater. Høyesteretts dom i Høyfjellsutviklingssaken (Rt-1993-679), Lov og Rett 1994 s. 242-250.

Kinander TfR 2003:

Morten Kinander, Sondringen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter, Tidsskrift for Rettsvitenskap 2003 s. 673-685

Kjønstad/Tjomsland:

Asbjørn Kjønstad og Steinar Tjomsland, Foreldelsesloven (Oslo 1983)

Kjørven m.fl.:

Marte Eidsand Kjørven/ Herman Bruserud / Håvard H. Holdø/ Jon Vegard Lervåg/ Mona Nygård/ Espen Nyland, Foreldelse av fordringer (Oslo 2011).

Knoph, TfR 1922:

Knoph, Ragnar, «Rettighet eller interesse som gjenstand for rettsbeskyttelse», i; Tidsskrift for Rettsvitenskap s. 221 flg.

Krokeide TfR 1982:

Kjetil Krokeide, Restitusjon og berikelse ved ineffektive kontrakter, Tidsskrift for Rettsvitenskap 1982 s. 351-533

Krokeide LoR 2005:

Kjetil Krokeide, Foreldelse ved overføring av fast eiendom, Lov og Rett 2005 s. 1-35.

Krüger, Pengekrav:

Kai Krüger, Pengekrav (2. utg. Bergen 1984)

Krüger i KoP 1998:

Kai Krüger, De lange tidsaksers juss – litt om induktiv pluralistisk argumentasjon i den historisk/ dynamiske tingsrett om fast eiendom, Kart og Plan 1998 s. 161-169.

Lassen, Haandbog:

Julius Lassen, Haandbog i Obligationsretten (Kjøbenhavn 1892)

Lehrberg, Avtalsrättens grundelement:

Bert Lehrberg, Avtalsrättens grundelement (2. utg. Uppsala 2006).

Lid i LoR 1965:

Olav Lid, Bokanmeldelse i Lov og Rett 1965 s. 117-123

Lilleholt, Allmenn formuerett:

Kåre Lilleholt, Allmenn formuerett (Oslo 2012)

Lilleholt, Systemet i privatretten:

Kåre Lilleholt, Når rettskjeldene bryt med systemet i privatretten. Innledning på nasjonalt doktorrandseminar 24. september 2003, publisert på <http://folk.uio.no/kaareli/Publisering/Systemet.htm>

Lilleholt i JV 1996 s. 69:

Kåre Lilleholt, Legitimasjon, publisitet og notoritet, Jussens Venner 1996 s. 69-97.

Lilleholt, Personskifte:

Kåre Lilleholt, Personskifte i husleigeforhold (Bergen/Oslo 1986)

Lindskog:

Stefan Lindskog, Preskription – Om civilrättsliga förpliktelsers upphörande efter viss tid (Stockholm 1990).

Lindvik Rt. 1935:

Adolf Lindvik, Anmeldelse av Fr. Vinding Kruse: « Eiendomsretten » - Dessuten nogen kritiske bemerkninger om formuerett og eiendomsrett samt om misbruk i norsk rett av begrepene obligatorisk rett, tinglig rett og besiddelse, i Retstidende 1935 s. 693-718.

Markesinis/Unberath:

Basil S. Markesinis og Hannes Unberath, The German Law of Torts – A Comparative Treatise (Oxford/Portland 2002)

Marthinussen:

Hans Fredrik Marthinussen, Forholdet mellom panteretten og det sikrede kravet (Bergen 2009)

Martinson, How Swedish Lawyers Think about «Ownership»:

Claes Martinson, How Swedish Lawyers Think about “ownership” – are we just peculiar or actually ahead”? i; Faber/ Lurger (eds.) Rules for the Transfer of Movables – A Candidate for European Harmonisation or National Reforms? (Faber/Lurger eds. München 2008).

Monsen i JV 2010:

Erik Monsen, Om rekkevidden av erstatningsrettslig vern for tap og ulempe som følge av formuesskade, Jussens Venner 2010 s. 1-67.

Opsahl TfR 1953:

Torkel Opsahl, Vindikasjon av penger, Tidsskrift for Rettsvitenskap 1953 s. 267-310

Platou, Privatret:

Oscar Platou, Privatrettens Almindelige Del (Kristiania 1914)

Platou, Retskildernes teori:

Oscar Platou, Forelæsninger over retskildernes teori (Kristiania 1915).

Prosser/Keeton:

W. Page Keeton / Dan B. Dobbs / Robert E. Keeton/ David G Owen: Prosser and Keeton on The Law of Torts (5. Utg. St. Paul 1984).

Ritaine, Obligatory and Proprietary Rights:

Elanor Cashin Ritaine, Obligatory and Proprietary Rights: Where to Draw the Dividing Line – if at all? I; Faber/Lurger (eds.) Rules for the Transfer of Movables – A Candidate for European Harmonisation or National Reforms? (München 2008) s. 175-196.

Ross, Virkelighed og Gyldighed:

Alf Ross, Virkelighed og gyldighed i retslæren (København 1934)

Ross, Ejendomsret og ejendomsovergang:

Alf Ross, Ejendomsret og ejendomsrettens overgang (København 1935)

Ross Om Ret og Retfærdighed:

Alf Ross: Om Ret og Retferdighed (København 1953)

Røed:

Anne Cathrine Røed, Foreldelse av fordringer (2. utg. Oslo 2004).

Sagaert, consensual versus delivery systems:

Vincent Sagaert, Consensual versus Delivery Systems in European Private Law – consensus about tradition? i; Faber/Lurger (eds.) Rules for the Transfer of Movables – A Candidate for European Harmonisation or National Reforms? (München 2008) s. 9-45.

Samuelsson i ErT 2009:

Joel Samuelsson, Om harmoniseringen av den europeiska privaträtten och funktionalismens funktionalitet, i Europarättslig tidsskrift 2009 s. 66-88.

Sandsted, Förarbeten til en komparativ säkrättsdialog:

Johan Sandstedt, Förarbeten til en komparativ säkrättsdialog – substantialismens blick på den nordiska funktionalismen med exemplifisering genom valda fragment (Bergen 2012).

Scheel, Tingsret:

Herman Scheel, Forelæsninger over norsk tingsret (2. utg. Kristiania 1912)

Skag:

Miriam Skag, Starttidspunktet for foreldelsesfrister (Bergen 2011)

Sunde i Rendesvouz:

Jørn Øyrehagen Sunde, The Art of being Artful – the Complex Reception of Law, i;

Sunde og Skodvin (reds.): Rendezvous of European Legal Cultures

Sunde, Rettspegelen:

Jørn Øyrehagen Sunde, Speculum legale – rettspegelen (1. utgave, 2004)

Stang, TfR 1933:

Frederik Stang, Om rettsvidenskap – et tilbakeblikk, Tidsskrift for Rettsvitenskap 1933 s. 118-134.

Stang, Innledning:

Frederik Stang, Innledning til formueretten (3. utg. Oslo 1935)

Stang, Om Vildfarelse:

Frederik Stang, Om Vildfarelse og dens inflydelse efter norsk Privatret på en Retshandels Gyldighed (Kristiania 1897)

Stub Holmboe:

C. Stub Holmboe, Foreldelse av fordringer (Oslo 1946)

Sæbø i LoR 1996:

Rune Sæbø, Ugyldighet og krav om avtalerevisjon som grunnlag for separatistrett i konkurs, Lov og Rett 1996 s. 123-141.

Sæbø i Festskrift Kjønsstad:

Rune Sæbø, foreldelse ved betroelse av penger, i Ketcher/ Lilleholt/ Syse/ Smith (reds.), Velferd og Rettferd, Festskrift til Asbjørn Kjønsstad s. 603-614. (Oslo 2013)

Thorson, Formuestap:

Bjarte Thorson, Erstatningsrettslig vern for rene formuestap (Oslo 2011).

Thøger Nielsen:

Harald Thøger Nielsen, Studier over ældre dansk formueretspraksis. Et bidrag til dansk privatrets historie efter Chr. D. V's danske lov (København 1951).

Tørum i JV 2002:

Amund Bjøranger Tørum, Konsekvens i formueretten, Jussens Venner 2002 s. 314-339

Tørum, Direktekrav:

Amund Bjøranger Tørum, Direktekrav (Oslo 2007)

Ussing, Aftaler:

Henry Ussing, Avtaler paa formuerettens omraade – paa grundlag af Jul. Lassens Haandbog i Obligationsretten (1. utg. København 1931).

Von Bar/Drobnig:

Christian von Bar og Ulrich Drobnig, The Interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe – A Comparative Study (München 2004).

Vinding Kruse, TfR 1924:

Vinding Kruse, Frederik, Ejendomsrettens overgang, Tidsskrift for Rettsvitenskap 1924 s. 315 flg.

Woxholt, Avtalerett:

Geir Woxholt, Avtalerett (6. utgave Oslo 2006).

Zimmermann, The Law of Obligations:

Reinhard Zimmermann – The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition (Oxford 1996).

Øvergaard:

Jørgen Øvergaard, Norsk Erstatningsrett (2. utg. Oslo 1951)